



Temarapport 2018

Menneskerettslige rammer for domstolenes uavhengighet



Norges institusjon for
menneskerettigheter

Forkortelser

| | |
|---------------------------------|--|
| CCJE | The Consultative Council of European Judges |
| Charteret | The European Charter on the statute for judges |
| EMD | Den europeiske menneskerettsdomstol |
| EMK | Den europeiske menneskerettskonvensjon |
| ENCJ | The European Network of Councils for the Judiciary |
| FNs Basic Principles | FNs Basic Principles on the Independence of the Judiciary |
| Ministerkomiteen | Europarådets ministerkomité |
| SP | FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter |
| Veneziakommisjonen /Kommisjonen | The European Commission for Democracy through Law / The Venice Commission |

Foto:

iStock photo (forside)

Konstitusjonskomiteens utkast til Grunnlovens 11 grunnsetninger, bilag nr. 8 til Riksforsamlingens forhandlingsprotokoll, Eidsvoll 1814.

Stortingsarkivet (side 9)

Sturlason/Høyesterett (side 51)

Bestallingsdokument. NIM (side 71)

Cahtrine Dillner Hagen/Domstoladministrasjonen (side 79)

Norges Bank (side 87)

Innhold

| | |
|--|-----------|
| FORORD | 6 |
| 1. INNLEDNING | 8 |
| 2. NÆRMERE OM TEMAET FOR UTREDNINGEN | 10 |
| 3. OVERSIKT OVER SENTRALE RETTSKILDER OG METODISKE SPØRSMÅL | 12 |
| 3.1 Innledning | 12 |
| 3.2 Grunnloven | 12 |
| 3.3 EMK | 14 |
| 3.3.1 Generelt | 14 |
| 3.3.2 Positive forpliktelser | 15 |
| 3.4 SP | 15 |
| 3.5 Andre internasjonale traktater | 16 |
| 3.6 Folkerettslige traktaters status i norsk rett | 17 |
| 3.7 Praksis fra menneskerettslige kontrollorganer | 17 |
| 3.8 Internasjonale anbefalinger | 18 |
| 3.8.1 Innledning | 18 |
| 3.8.2 De internasjonale anbefalingenes rettskildemessige status | 19 |
| 3.8.3 Europarådet | 20 |
| 3.8.4 EU | 22 |
| 3.8.5 FN | 23 |
| 3.8.6 Oppsummering | 23 |
| 4. DOMSTOLENES VIRKSOMHET | 26 |
| 4.1 Innledning | 26 |
| 4.2 Domstolenes saklige kompetanse | 26 |
| 4.3 Den dømmende virksomheten | 27 |
| 4.4 Rettsgrunnlaget for domstolenes virksomhet | 28 |
| 4.5 Upartiskhet | 28 |
| 5. VERN MOT DIREKTE PÅVIRKNING | 30 |
| 5.1 Innledning | 30 |
| 5.2 Rettslige utgangspunkter | 30 |
| 5.3 Anbefalinger | 32 |
| 5.4 Oppsummering | 33 |
| 6. INTERN UAVHENGIGHET I DOMSTOLEN | 34 |
| 6.1 Innledning | 34 |
| 6.2 Generelt om dommeres interne uavhengighet | 34 |
| 6.2.1 Rettslige rammer | 34 |
| 6.2.2 Anbefalinger | 36 |
| 6.3 Særlig om saksfordelingen innad i domstolen | 36 |
| 6.3.1 Innledning | 36 |
| 6.3.2 Rettslige rammer | 37 |
| 6.3.3 Anbefalinger | 37 |
| 6.4 Oppsummering | 38 |

| | |
|---|-----------|
| 7. FORVALTNINGEN AV DOMSTOLSSYSTEMET, HERUNDER DOMSTOLSRÅD | 40 |
| 7.1 Innledning | 40 |
| 7.2 Rettslige rammer | 41 |
| 7.3 Internasjonale anbefalinger | 42 |
| 7.3.1 Innledning | 42 |
| 7.3.2 Organisasjonsløsning for forvaltning av domstolene | 43 |
| 7.3.3 Særlig om domstolsråd | 43 |
| 7.4 Oppsummering | 48 |
| 8. FINANSIERING OG RESSURSER | 52 |
| 8.1 Innledning | 52 |
| 8.2 Plikten til å sikre tilstrekkelig finansiering og ressurser | 52 |
| 8.3 Anbefalinger om finansiering og ressurstilførsel | 53 |
| 8.4 Anbefalinger om systemet for finansiering og ressurstilførsel | 53 |
| 8.5 Oppsummering | 54 |
| 9. UTNEVNELSE AV DOMMERE | 56 |
| 9.1 Innledning | 56 |
| 9.2 Hvem som kan utnevne dommere | 56 |
| 9.2.1 Rettslige rammer | 56 |
| 9.2.2 Anbefalinger | 58 |
| 9.3 Utnevningssprosess og utnevningsskriterier | 59 |
| 9.3.1 Rettslige rammer | 59 |
| 9.3.2 Anbefalinger | 60 |
| 9.4 Oppsummering | 61 |
| 10. UAVSETTELIGHET | 62 |
| 10.1 Innledning | 62 |
| 10.2 Rettslige rammer | 62 |
| 10.2.1 Grunnloven | 62 |
| 10.2.2 EMK | 63 |
| 10.2.3 SP | 65 |
| 10.3 Anbefalinger | 65 |
| 10.4 Oppsummering | 65 |
| 11. UTNEVNINGSPERIODEN | 68 |
| 11.1 Innledning | 68 |
| 11.2 Rettslige rammer | 68 |
| 11.2.1 Utgangspunkter | 68 |
| 11.2.2 Midlertidige dommere | 69 |
| 11.3 Anbefalinger | 70 |
| 11.3.1 Utgangspunkter | 70 |
| 11.3.2 Midlertidige dommere | 70 |
| 11.4 Oppsummering | 72 |
| 12. ANSVARLIGGJØRING AV DOMMERE | 74 |
| 12.1 Innledning | 74 |
| 12.2 Disiplinærreaksjoner | 74 |
| 12.2.1 Innledning | 74 |
| 12.2.2 I hvilke tilfeller? | 75 |
| 12.2.3 Disiplinærorganet | 75 |
| 12.2.4 Prosess | 77 |
| 12.2.5 Oppsummering | 78 |
| 12.3 Sivilt ansvar | 80 |
| 12.3.1 Innledning | 80 |
| 12.3.2 Rettslige rammer | 80 |

| | |
|---|-----------|
| 12.3.3 Anbefalinger | 81 |
| 12.3.4 Oppsummering | 82 |
| 12.4 Straffeanvar | 82 |
| 12.4.1 Innledning | 82 |
| 12.4.2 Rettslige rammer | 82 |
| 12.4.3 Anbefalinger | 83 |
| 12.4.4 Oppsummering | 83 |
| 13. ARBEIDSVILKÅR, LØNN OG PENSJON | 84 |
| 13.1 Innledning | 84 |
| 13.2 Rettslige rammer | 84 |
| 13.3 Anbefalinger | 84 |
| 13.3.1 Regulering av lønnsfastsettelse | 84 |
| 13.3.2 Lønns- og pensjonsnivå | 85 |
| 13.4 Oppsummering | 86 |
| 14. KOMPETANSE OG OPPLÆRING | 88 |
| 14.1 Innledning | 88 |
| 14.2 Anbefalinger | 88 |
| 14.2.1 Generelt | 88 |
| 14.2.2 Opplæringens innhold og varighet | 88 |
| 14.2.3 Ansvaret for og organisering av opplæring av dommere | 89 |
| 14.2.4 Evaluering som kompetansehevingstiltak | 90 |
| 14.3 Oppsummering | 91 |
| 15. LITTERATURLISTE | 92 |

Forord

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (NIM) har som lovpålagt mandat å fremme og beskytte menneskerettighetene. I dette ligger det en forpliktelse til å bidra til gjennomføringen av menneskerettighetene i Norge. En viktig side av dette arbeidet er å gi råd om hvilke menneskerettslige forpliktelser som påligger myndighetene.

Uavhengige domstoler er en grunnleggende menneskerettighet. Det er også en forutsetning for rettsstaten og demokratiet. Flere steder i Europa er domstolenes uavhengighet under press, og endringene har skjedd raskt. Dette viser at uavhengige domstoler ikke kan tas for gitt, selv ikke i vår del av verden.

I vår årsmelding for 2017 var vi derfor positive til at regjeringen hadde nedsatt Domstolkommisjonen, et offentlig utvalg som skal utrede organiseringen av domstolene. Kommisjonen skal også utrede hvilke krav til uavhengighet som følger av menneskerettighetene i Grunnloven og internasjonale konvensjoner. I 2018 ba Domstolkommisjonen NIM om bistand til å utrede dette temaet.

Dette har vært en stor og interessant oppgave for NIM i 2018. Vi håper rapporten vil gi et godt grunnlag for Domstolkommisjonens videre arbeid, og at den kan være nyttig for alle som er opptatt av domstolene som en uavhengig tredje statsmakt.

God lesning!

Adele Matheson Mestad
konstituert direktør

Kristian Reinert Haugland Nilsen
seniorrådgiver

Anniken Barstad Waaler
seniorrådgiver

Mari Marte Kobberstad Tingelholm
rådgiver

«For I agree, that "there is no liberty, if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers." And it proves, in the last place, that as liberty can have nothing to fear from the judiciary alone, but would have every thing to fear from its union with either of the other departments; [...].»

The Federalist Papers: No. 78
Alexander Hamilton

1. Innledning¹

¹ Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (NIM) ønsker å takke Eirik Holmøyvik, Jan Erik Helgesen og Nils Asbjørn Engstad for kommentarer til utkast til utredningen. Det nærmere innholdet i utredningen står NIM alene ansvarlig for.

Regjeringen oppnevnte Domstolkommisjonen 11. august 2017. Domstolkommisjonens overordnede mandat er å utrede domstolenes organisering. Kommisjonen har bedt Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter («NIM») om å utrede konstitusjonelle og internasjonale krav til uavhengige domstoler. Temaet for utredningen er gitt i oppdragsbeskrivelsen fra Domstolkommisjonen oversendt NIM 8. februar 2018:

«Hvilke krav til uavhengighet for dommere og domstolene som statsmakt følger av konstitusjonelle og internasjonale normer?»

Kommisjonen presiserer at det omfatter relevant praksis fra EMD.

Kommisjonen ønsker også at NIM kartlegger relevant 'soft law' (herunder ikke-bindende instrumenter og anbefalinger). Særlig aktuelt er det å se på anbefalinger mv. fra Europarådet og Venezia-kommisjonen.

NIM skal ikke angi hvilke løsninger som er mest hensiktsmessige innenfor det handlingsrommet som de konstitusjonelle og internasjonale normer angir. NIM kan utrede hva som anses som 'best practice' mv. i henhold til de internasjonale anbefalingene.»

Mandatet etterspør både konstitusjonelle og internasjonale rettslig bindende normer og ikke-bindende internasjonale anbefalinger. Kildetilfanget er svært omfattende. Innenfor rammen av denne utredningen er det ikke mulig å gi en helt uttømmende beskrivelse. Mandatet ber NIM særlig om å gjennomgå anbefalinger fra Europarådet og Venezia-kommisjonen, og utredningen baserer seg derfor i stor grad på anbefalinger med opphav i europarådssystemet.

I denne utredningen fremstilles det konstitusjonelle og internasjonale rettslige rammeverket for dommeres og domstolenes uavhengighet. I tråd med mandatet inneholder utredningen ikke vurderinger om hvordan dagens innretning av domstolene forholder seg til disse normene, eller hvordan dagens system eventuelt bør tilpasses dem.

I utredningen gis det først en innføring i temaet (kapittel 2), en redegjørelse for sentrale rettskilder og metodiske spørsmål (kapittel 3), samt en beskrivelse av hva domstolenes uavhengige virksomhet går ut på (kapittel 4). Kapittel 5 til 14 fremstiller konkrete temaer av betydning for domstolenes uavhengighet, som for eksempel vernet mot direkte påvirkning av den dømmende virksomhet, forvaltningen av domstolssystemet, utnevning av dommere, ansvarliggjøring av dommere med videre.

I de tematiske kapitlene er det trukket et skille mellom rettslig bindende normer og anbefalinger som ikke er rettslig bindende. Hvert kapittel inneholder avslutningsvis en oppsummering, som er en sammenstilling av det rettslige rammeverket for domstolenes uavhengighet, utfyllt med anbefalinger (*soft-law*). Oppsummeringene angir der de internasjonale anbefalingene er samstemte og følgelig kan anses som *best practice*.

Grundsaetninge

N^o 8.

1.
Kerger bør være et indskrænket og arveligt Monarchie

2.
Folket bør udøve den lovgivende Magt gennem sine Repræsentanter.

3.
Folket bør ene have Ret til at beskætte sig, gennem sine Repræsentanter.

4.
Krigs- og Freds Retten bør tilkomme Regenten.

5.
Regenten bør have Ret til at benaade.

6.
Den dømmende Magt bør være særskilt fra den lovgivende og udøvende.

7.
Trykkefrihed bør finde Sted.

8.
Den evangelisk-lutherske Religion bør forblive Statens og Regentens Religion. Alle Religions Secter tilstædes fri Religions Øvelse, dog ere Jøder fremdeles udelukkede fra Adgang til Riget.

9.
Nye Indskrænkninger i Nærings-Friheden bør ikke tilstædes.

10.
Personelle eller blandede arvelige Forrettigheder bør ikke tilstædes nogen for Fremtiden.

11.
Statens Borgere ere i Almindelighed lige forpligtede til

2. Nærmere om temaet for utredningen

² Se blant annet Ot.prp. nr. 44 (2000–2001) s. 54.

³ Se bl.a. *Maktouf og Damjanovic v. Bosnia og Herzegovina* (2312/08 og 34179/08), avsnitt 49, og *Campbell og Fell v. Storbritannia* (7819/77 og 7878/77), avsnitt 79.

⁴ Dok. 16 (2011–2012) s. 123.

⁵ Se f.eks. domstoloven, straffeprosessloven og tvisteloven.

⁶ Se punkt 3.3.2 nedenfor.

⁷ Aall, «Dommernes uavhengighet», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 59–60.

⁸ Se bl.a. *Maktouf og Damjanovic v. Bosnia og Herzegovina* (2312/08 og 34179/08), avsnitt 49.

Domstolenes uavhengighet er en side av forholdet mellom domstolene og de øvrige statsmaktene. Kjernen i uavhengighetskravet, slik det er blitt formulert i norsk konstitusjonell rett, er at domstolene skal være uavhengige i sin dømmende virksomhet.² Tilsvarende følger av praksis om Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6, som sier at domstolene skal være uavhengige i sin «adjudicatory role».³

Basert på denne positive angivelsen av uavhengighetskravet, følger det at hverken lovgiver eller den utøvende makt kan instruere domstolene i enkeltsaker eller revidere domstolenes avgjørelser.⁴ Ut over dette er domstolene avhengig av de andre statsmaktene og deres konstitusjonelle kompetanse. I Norge er det for eksempel Stortinget som vedtar lovene domstolene dømmer på grunnlag av, og prosesslovgivningen som sier hvordan domstolene skal innrettes og hvordan saker skal behandles.⁵ Finansieringen av domstolene fastsettes over statsbudsjettet som vedtas av Stortinget. Den utøvende makt har også en rekke oppgaver overfor domstolene, og er blant annet tillagt kompetansen til å utnevne dommere. Den lovgivende og utøvende makt har også ansvaret for å sikre domstolenes uavhengighet.⁶ Hva avhengighetsforholdet mellom domstoler og de øvrige statsmakter består i, vil variere fra stat til stat, men det kan typisk innebære finansiering, dommerutnevnelser, dommerlønninger, avsettelse og disiplinærreaksjoner.

Det er i denne *delvis* uavhengige stillingen og i samspillet med de øvrige statsmaktene at de vanskelige spørsmålene om kravene til domstolenes uavhengighet oppstår. Avhengighetsforholdet til de øvrige statsmaktene muliggjør indirekte eller *faktisk*, om enn ikke direkte eller formell, innflytelse på domstolenes dømmende virksomhet.

Kravene til domstolenes uavhengighet omfatter derfor også sider ved forholdet til de øvrige statsmaktene som har en mer indirekte betydning for den konkrete dømmende virksomheten.⁷ Dette kommer blant annet frem i Den europeiske menneskerettsdomstolens (EMD) vurderinger av domstolenes uavhengighet, der prosedyrene for utnevning av dommere, utnevnesperiodens lengde, mulighetene for å avsette dommere innenfor utnevnesperioden, vernet mot ekstern påvirkning og i hvilken grad domstolen fremstår som uavhengig er relevante momenter.⁸ Disse momentene gjenspeiler at domstolenes uavhengighet kan utfordres på andre måter enn gjennom direkte instruks i enkeltsaker og tilsidesettelse av dommer.

De fleste av temaene i denne utredningen gjelder derfor hvilke krav som bør stilles for å sikre den dømmende virksomhet mot slik *indirekte* påvirkning.

Uavhengighetskravet kan analyseres som en funksjonell og en institusjonell uavhengighet. Funksjonell uavhengighet handler om hvilke funksjoner domstolene utøver uavhengig; i hvilke saker eller spørsmål domstolene driver uavhengig dømmende virksomhet. Institusjonell uavhengighet handler om hvilke krav til uavhengighet som gjelder for utøvelsen av disse funksjonene.⁹ Det er domstolenes *institusjonelle* uavhengighet som er hovedtemaet for denne utredningen. Ettersom det er nær sammenheng mellom hvilke dømmende funksjoner domstolene skal utøve uavhengig, og hvordan uavhengigheten skal ivaretas, kommenteres også sider av den funksjonelle uavhengigheten der dette er relevant.

⁹ Skillet mellom funksjonell og institusjonell uavhengighet er hentet fra Holmøyvik, «Nokre historiske utviklingslinjer for domstolane sitt sjølvstende i Noreg», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 101–124.

3. Oversikt over sentrale rettskilder og metodiske spørsmål

¹⁰ Se bl.a. Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 21, med videre henvisninger.

¹¹ Innst. 186 S (2013–2014) s. 24.

¹² Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave, Oslo 2008, s. 207–208.

¹³ Mykland, *Noregs grunnlov i 175 år*, Oslo 1989, s. 47–49.

¹⁴ Castberg, *Norges statsforfatning II*, tredje utgave, Oslo 1964, s. 153–154.

3.1 Innledning

I dette kapitlet gis det en oversikt over de sentrale bestemmelsene om uavhengige domstoler i Grunnloven, EMK og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP). De mer spesifikke detaljene beskrives i kapittel 4 følgende. Det vil også bli kort redegjort for hvilken status EMK og SP har i norsk rett, samt for betydningen av praksis fra internasjonale håndhevingsorganer. Avslutningsvis gis det en oversikt over de internasjonale anbefalingene og deres rettskildemessige status.

3.2 Grunnloven

Grunnloven bygger på maktfordelingsprinsippet. Domstolenes kompetanse til å drive dømmende virksomhet i konkrete saker skal utøves uavhengig av den utøvende makt og lovgiver.

I Grunnloven § 95 første ledd fremgår det at «[e]nhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid». Bestemmelsen ble inntatt ved grunnlovsrevisjonen i 2014 og er basert på retten til rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 og SP artikkel 14.¹⁰

Ved revisjonen ble det lagt til grunn at § 95, som uttrykkelig fastsetter kravet om uavhengige domstoler, «[...] synliggjør en side av den maktfordeling som for lengst er norsk statsskikk».¹¹ Også før revisjonen bygget Grunnloven på prinsippet om uavhengige domstoler, som innebar at domstolene skulle være uavhengige i sin dømmende virksomhet.¹² Riksforsamlingen la til grunn elleve grunnsetninger for arbeidet med Grunnloven av 1814, hvorav den sjettede var at «[d]en dømmende Magt bør være særskilt fra den lovgivende og den udøvende».¹³ Dette ble ikke antatt som en selvstendig bestemmelse i Grunnloven, men prinsippet kom til uttrykk i Grunnlovens overskriftssystem, som skiller dømmende myndighet fra lovgivende og utøvende myndighet. Domstolenes uavhengighet fikk også kasuistiske uttrykk i enkeltbestemmelser.¹⁴ Sentrale blant disse er nåværende § 21 om at dommere kun kan avsettes ved dom, §§ 88 og 90 om at Høyesterett dømmer i siste instans og at dommer derfra ikke kan påankes, samt § 20 om at Kongen kan benåde forbrytere

«etter at dom er falt». Samlet sett kan man derfor si at kravet om uavhengige domstoler fulgte av det konstitusjonelt forankrede maktfordelingssystemet.¹⁵

En forutsetning ved grunnlovsrevisjonen var at den skulle videreføre og ikke endre gjeldende rett.¹⁶ Det konstitusjonelle kravet til domstolenes uavhengighet må derfor se hen til hvordan dette kravet ble forstått før grunnlovsrevisjonen. Det er ikke sikkert den videreførte retten tilfører så mye ut over det som følger av de internasjonale kildene som grunnlovsbestemmelsen skal leses i lys av. Før revisjonen var innholdet i kravet om uavhengige domstoler uklart.¹⁷ Frem til 2014 har utviklingen av uavhengighetskravet først og fremst skjedd gjennom lovgivningen, hovedsakelig domstolloven, som igjen har vært inspirert av rettsutviklingen i Europa.¹⁸ Det er vanskelig å identifisere særegne elementer ved den videreførte konstitusjonelle retten om domstolenes uavhengighet som supplerer eller utfyller rettstilstanden som ble grunnlovfestet i 2014. Kravet om uavhengige domstoler står imidlertid i nær sammenheng med andre konstitusjonelle normer, særlig kompetanse- og funksjonsfordelingen mellom domstolene og de øvrige statsmaktene. I dette bredere perspektivet, som omfatter innretningen av domstolene mer generelt, har konstitusjonen betydning ved å gi gjennomføringen av uavhengighetskravet en konstitusjonell kontekst.

Det uklare konstitusjonelle grunnlaget for domstolenes uavhengighet var et viktig premiss for å vedta Grunnloven § 95 i 2014. Innstillingen fra kontroll- og konstitusjonskomiteen viser til at det er avgjørende å sikre at domstolene er reelt uavhengige fra de øvrige statsmaktene. Den understreker at selv om domstolene er uavhengige i dag, så er det viktig å sikre deres uavhengighet for fremtiden.¹⁹ På tross av forutsetningen om at grunnlovsrevisjonen generelt ikke var ment å innebære noen endring i gjeldende rett, fremstår det derfor som klart at formålet med å vedta Grunnloven § 95 var å styrke det konstitusjonelle vernet av domstolenes uavhengighet.

I innstillingen omtales retten til en rettferdig rettergang som et «prinsipp», som skal være en «overordnet rettslig skranke». Den er ikke utformet «som en individuell rettighet eller plikt for staten».²⁰ Sett i sammenheng med de internasjonale forbildene, EMK artikkel 6 og SP artikkel 14, som gir en individuell rett til rettferdig rettergang og motsvarende plikter for staten, er det noe uklart hva man kan trekke ut av komiteens uttalelse. Statusen til Grunnloven § 95 ble avklart av Høyesterett i Rt. 2014 s.1292, hvor det i avsnitt 21 fremgår at § 95 første ledd inneholder «en selvstendig rettsnorm» som må fastlegges i lys av tidligere rettspraksis, de internasjonale forbildene, samt de tilhørende konvensjonsorganenes praksis og uttalelser. Grunnloven § 95 første ledd gir dermed borgerne en rett overfor staten til å få sine saker avgjort av en uavhengig og upartisk domstol. Den etablerer en dobbel forpliktelse for staten, som på den ene siden må avstå fra innblanding i domstolenes dømmende virksomhet, og på den andre må treffe nødvendige tiltak for å sikre at domstolene er uavhengige og upartiske.²¹

Ettersom Grunnloven § 95 første ledd materielt sett svarer til EMK artikkel 6 og SP artikkel 14, og gir disse bestemmelsene konstitusjonell relevans, fremstår det som klart at Grunnloven § 95 også innebærer en reell styrking av domstolenes uavhengighet.

Etter Grunnloven § 95 annet ledd påligger det statens myndigheter en særskilt plikt til å sikre domstolenes og dommernes uavhengighet. Grunnloven § 92 forplikter statens

¹⁵ Dok. 16 (2011–2012) s. 123 og Innst. 186 S (2013–2014), s. 23.

¹⁶ Innst. 186 S (2013–2014) s. 20.

¹⁷ Se blant annet Castberg, *Norges statsforfatning II*, tredje utgave, Oslo 1964, s. 153–154. Hverken tidligere rettspraksis eller juridisk teori ga noen omforent og konkret forståelse av innholdet i den konstitusjonelle normen.

¹⁸ Se f.eks. Ot.prp. nr. 44 (2000–2001) kapittel 4.

¹⁹ Innst. 186 S (2013–2014) s. 24.

²⁰ *Ibid* s. 23–24.

²¹ Grunnloven §§ 92 og 95 annet ledd, jf. Innst. 186 S (2013–2014) s. 24.

²² Innst. 186 S (2013–2014) s. 24.

²³ Ibid.

²⁴ Se blant annet *Beaumont v. Frankrike* (15287/89), avsnitt 38 og *Sramek v. Østerrike* (8790/97), avsnitt 41–42.

²⁵ Se f.eks. *Stafford v. Storbritannia* (46295/99), avsnitt 78.

²⁶ *Holm v. Sverige* (14191/88) og *Henryk Urban og Ryszard Urban v. Polen* (23614/08), avsnitt 45.

²⁷ *Sramek v. Østerrike* (8790/97), avsnitt 42.

²⁸ Se f.eks. *Oleksandr Volkov v. Ukraina* (21722/11), avsnitt 123.

myndigheter til å sikre menneskerettighetene i Grunnloven. Det innebærer at statens myndigheter må sikre borgernes rett til å få avgjort sin sak av en uavhengig domstol etter Grunnloven § 95 første ledd. Bakgrunnen for den særlige sikringsplikten i Grunnloven § 95 annet ledd var å synliggjøre statens ansvar for å sikre borgernes rett til uavhengige og upartiske domstoler.²² Det er imidlertid ikke holdepunkter for at den tilfører rettslig substans ut over det som ellers følger av den generelle sikringsplikten i Grunnloven § 92 og § 95 første ledd, sammenholdt med EMK artikkel 6 og SP artikkel 14.²³ Den spesielle sikringsplikten i § 95 kan likevel kanskje forstås som et signal om viktigheten av å ivareta domstolenes uavhengighet. Dette kan ses i sammenheng med Grunnloven § 2, som blant annet fastslår at Grunnloven skal sikre rettsstaten, som uavhengige domstoler er en forutsetning for.

3.3 EMK

3.3.1 GENERELT

Ettersom utredningen i stor grad er basert på EMK artikkel 6 og praksis fra EMD, gis her en oversikt over de sentrale utgangspunktene og grunnstrukturen i vurderingen etter bestemmelsen.

Etter EMK artikkel 6 har enhver rett til å få sin sak avgjort av et «independent and impartial tribunal established by law».

Uavhengighetskravet i EMK artikkel 6 refererer først og fremst til forholdet til de øvrige statsmaktene, men også til partene i en sak.²⁴ Domstolenes dømmende virksomhet skal være fri fra påvirkning fra disse aktørene. EMK artikkel 6 innebærer ikke et generelt krav om konstitusjonell maktfordeling. EMD har likevel flere ganger påpekt at «the notion of separation of powers between the executive and the judiciary has assumed growing importance in the case-law of the Court».²⁵ Selv om en stat ikke er innrettet etter et maktfordelingsprinsipp, er det altså et sentralt hensyn for EMD i hvilken grad domstolene er reelt adskilt fra statens øvrige organer. At EMD ser hen til forholdet mellom domstolene og den utøvende makt utelukker ikke at de øvrige statsmaktene har mulige innflytelseskkanaler overfor domstolene, for eksempel gjennom budsjett eller dommerutnevnelser, men det medfører at disse kanalene må innrettes på en måte som ivaretar at den dømmende funksjonen utøves uavhengig.

Uavhengighetskravet gjelder domstolene som sådanne, og dommere. Ettersom det er den dømmende virksomheten som skal være uavhengig, gjelder ikke uavhengighetskravet bare for fagdommere, men også for andre aktører som deltar i den dømmende virksomheten, som jurymedlemmer og lekdommere.²⁶

Det er ikke alltid tilstrekkelig at domstolene rent faktisk er uavhengige av de øvrige statsmaktene og partene. Det er også av betydning om domstolene utad fremstår som uavhengige.²⁷

Dersom en sak er behandlet i flere instanser, kan manglende overholdelse av uavhengighetskravet i en forutgående instans repareres gjennom uavhengig behandling i den etterfølgende rettsinstansen.²⁸

EMD har en helhetlig tilnærming til spørsmålet om domstolenes uavhengighet. Momenter som ofte går igjen og som er sentrale i domstolens praksis, er (i) utnevning av dommere, (ii) varigheten av utnevnesperioden, (iii) vernet mot ekstern påvirkning og (iv) om domstolen fremstår som uavhengig.²⁹ Som den videre utredningen vil vise, er det også andre aspekter som kan ha betydning.

3.3.2 POSITIVE FORPLIKTELSER

Det er ikke nok at statens myndigheter respekterer domstolenes uavhengighet. Staten har også et ansvar for å sikre uavhengigheten. Rekkevidden av sikringsplikten kan illustreres av EMDs avgjørelse i *De Cubber v. Belgia*.³⁰ En av tre dommere i en hovedforhandling hadde tidligere vært undersøkelsesdommer i to av sakene i det samme sakskomplekset. At dommeren hadde hatt disse to rollene i samme sak medførte at kravet til upartiskhet ikke var oppfylt. Belgiske myndigheter anførte at dersom dette var i strid med EMK artikkel 6 nr. 1, så ville det ha store konsekvenser for belgiske domstoler med begrensede dommerressurser. For å unngå at en dommer behandlet ulike deler av samme sak, måtte små domstoler enten organiseres slik at saksbehandlingstiden ville bli så lang at den kunne være problematisk sett opp mot retten til rettergang innen rimelig tid, eller så måtte domstolene tilføres flere ressurser, noe som var problematisk på grunn av ressursknapphet. EMD avviste dette argumentet med henvisning til at statene har en plikt til å organisere rettssystemet slik at det er i samsvar med forpliktelsene etter EMK artikkel 6. Domstolene må altså tilføres ressurser som gjør dem i stand til å opprettholde minimumsstandardene i EMK artikkel 6.

I *Agrokompleks v. Ukraina* la EMD til grunn at plikten til å sikre uavhengige og upartiske domstoler ikke bare gjelder forholdet mellom staten og domstolene, men også forholdene internt i staten. De øvrige statsmaktene har en plikt til å sikre domstolenes uavhengighet overfor seg selv. EMD utlegger dette slik:³¹

«It also implies obligations on the executive, the legislature and any other State authority, regardless of its level, to respect and abide by the judgments and decisions of the courts, even when they do not agree with them. Thus, the State's respecting the authority of the courts is an indispensable precondition for public confidence in the courts and, more broadly, for the rule of law. For this to be the case, the constitutional safeguards of the independence and impartiality of the judiciary do not suffice. They must be effectively incorporated into everyday administrative attitudes and practices.»

Overholdelse av plikten til å respektere rettsavgjørelser trekkes inn som en del av statens plikt til å sikre domstolenes uavhengighet. I tillegg understrekes det at det ikke er tilstrekkelig å sikre uavhengighet på det regulatoriske plan. Respekten for domstolenes uavhengighet må også innarbeides i praksis og på et mer kulturelt nivå.

Samlet sett følger det at staten må tilføre ressurser og iverksette tiltak som er nødvendige for at domstolene ivaretar uavhengighetskravet i EMK artikkel 6.

3.4 SP

Av SP artikkel 14 følger det at enhver har rett til å få prøvd sin sak for et «independent and impartial tribunal established by law.»

²⁹ Se f.eks. *Maktouf og Damjanovic v. Bosnia og Herzegovina* (2312/08 og 34179/08), avsnitt 49 og EMD, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb)* 2018, s. 40.

³⁰ *De Cubber v. Belgia* (9186/80), avsnitt 34–35.

³¹ *Agrokompleks v. Ukraina* (23465/03), avsnitt 135.

³² FN, Menneskerettighetskomiteen, *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial (2007)*, avsnitt 18.

³³ *Ibid* avsnitt 19.

³⁴ *Ibid*.

³⁵ Se også Venezia-kommissionen, *Rule of Law Checklist (2016)*, s. 20. flg.

³⁶ Et eksempel er FNs barnekonvensjon art. 37, bokstav d, som fastsetter at barn har rett til å prøve lovligheten av frihetsberøvelse «before a court or other competent, independent and impartial authority». I FNs barnekomité's General Comment No. 10 fra 2003 vises det til SP art. 14 for å utfylle de særskilte rettergangsgarantier for barn i straffesaker etter barnekonvensjonen art. 40.

³⁷ Grunnloven § 92, jf. HR-2016-2554-P avsnitt 70 og HR-2016-2591-A avsnitt 47-63.

³⁸ Menneskerettsloven §§ 2 og 3.

³⁹ Ettersom menneskerettsloven er vedtatt i lovs form, kan den i teorien fravikes eller endres ved alminnelig lovvedtak. Om annen lovgivning skal gjelde fullt ut selv om den er i strid med menneskerettsloven, er i utgangspunktet et tolknings spørsmål. I og med at menneskerettsloven § 3 sier at de inkorporerte konvensjonene «skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning», må det kreves ganske klare holdpunkter i annen lovgivning for at den skal gjelde fullt ut på tross av at den er i strid med menneskerettsloven.

⁴⁰ Innst. 186 S (2013-2014) s. 19-20.

⁴¹ Se bl.a. Rt. 2015 s. 93 og Rt. 2014 s. 1292.

⁴² Rt. 2000 s. 996 på s. 1007.

Hovedelementene i uavhengighetskravet i SP artikkel 14 er langt på vei tilsvarende som i EMK artikkel 6. Det finnes imidlertid mindre praksis og færre relevante uttalelser fra FNs menneskerettighetskomité enn fra EMD. En annen forskjell er at SP artikkel 14 er ment å gjelde internasjonalt, på tvers av et bredt spekter av rettskulturer, mens EMK er avgrenset til Europa. Bestemmelsen kan imidlertid ha selvstendig betydning i enkelte sammenhenger.

Uavhengighetskravet i SP artikkel 14 refererer til forholdet til de øvrige statsmaktene. Domstolene skal ha «judicial independence in deciding legal matters in proceedings that are judicial in nature». Uavhengighetskravet er absolutt og kan ikke fravikes.³² Kompetansen til den dømmende og den utøvende makt må være adskilt. I FNs menneskerettighetskomité's generelle kommentar heter det:³³

«A situation where the functions and competencies of the judiciary and the executive are not clearly distinguishable or where the latter is able to control or direct the former is incompatible with the notion of an independent tribunal.»

Uavhengige domstoler forutsetter en klar funksjons- og kompetansefordeling mellom domstolene og utøvende makt. Det er heller ikke forenlig med uavhengighetskravet dersom den utøvende makt kan «control or direct» domstolene. Dette må forstås i sammenheng med den første delen av setningen, slik at det begrenser seg til «the functions and competencies of the judiciary», altså den dømmende virksomheten. I andre tilfeller kan det neppe være noe i veien for at den utøvende makt har innflytelse på domstolssystemet.

Mens reell kompetanse- og funksjonsfordeling er et sentralt hensyn etter EMK artikkel 6, synes SP artikkel 14 å gå noe lenger ved å oppstille krav om at funksjons- og kompetansefordelingen må være klart avgrenset.

Også SP artikkel 14 legger opp til en helhetlig tilnærming til uavhengighetskravet. Sentrale momenter er (i) utnevning av dommere, (ii) forhold rundt dommers stilling og stillingsvern, og (iii) den faktiske uavhengigheten fra politisk påvirkning. Det er også ansett som nødvendig at statene sikrer dommers uavhengighet og beskytter domstolene mot politisk påvirkning, gjennom konstitusjonen eller lovgivningen.³⁴

Disse momentene har klare likhetstrekk med momentene som er oppstilt i EMDs praksis.

3.5 Andre internasjonale traktater

Kravet til uavhengige domstoler følger også av en rekke andre menneskerettighetstraktater Norge er bundet av, både implisitt og eksplisitt. Generelt sett kan man nok si at *rule of law*, og med det uavhengige domstoler, er en grunnleggende forutsetning i samtlige av FNs kjernekonvensjoner om menneskerettigheter.³⁵ En del av disse traktatene har også eksplisitte bestemmelser om uavhengige domstoler, men gjerne spesielt innrettet mot den særlige rettighetstypen eller rettighetshaveren konvensjonen gjelder.³⁶ For temaet i denne utredningen tilfører disse traktatene neppe noe ytterligere ut over det som allerede følger av EMK og SP.

3.6 Folkerettslige traktaters status i norsk rett

Folkerettslige traktater som Norge har ratifisert, har ulik rettslig status i norsk rett. Dette innvirker på om eller hvordan traktatbestemmelsene formelt begrenser statsmaktenes materielle kompetanse til å treffe vedtak og foreta myndighetshandlinger, samt i hvilken utstrekning traktatene kan pålegge statens myndigheter positive handlingsplikter.

Det som bestemmer hvilken status folkerettslige traktater om menneskerettigheter har, er hvilket nivå de er gjennomført på i norsk rett.³⁷ Både EMK og SP er gjennomført ved inkorporasjon gjennom menneskerettsloven. Det medfører at de gjelder som norsk lov og ved motstrid går foran bestemmelser i annen lovgivning.³⁸ Om nasjonal lovgivning er i strid med konvensjonsbestemmelser inkorporert gjennom menneskerettsloven, vil bero på tolkning.³⁹

Grunnloven § 95 er, som nevnt, i stor grad en kodifisering av EMK artikkel 6 og SP artikkel 14. Det medfører at det materielle innholdet i EMK artikkel 6 og SP artikkel 14, slik det er blitt utlagt av nasjonale domstoler, og henholdsvis EMD og FNs menneskerettighetskomité frem til 2014, kun kan fravikes ved grunnlovsendring.⁴⁰ En prinsipiell reservasjon om betydningen av konvensjonsorganenes praksis ble lagt til grunn i Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57:

«Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»

Synspunktet er en konsekvens av at Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser tar opp i seg konvensjonsorganenes praksis på vedtakelsestidspunktet i 2014, men ikke for fremtiden. Hvilken praktisk konsekvens denne reservasjonen har, er derimot mer uklart. Det vil nok i stor grad bero på hvordan praksisen fra konvensjonsorganene utvikler seg sett i forhold til praksisen frem til 2014. Prinsipielt sett kan man nok likevel si at retten som utvikler seg i de internasjonale håndhevingsorganenes praksis etter 2014, ikke nødvendigvis utgjør en del av den konstitusjonelle retten, slik som praksis fra før 2014.

3.7 Praksis fra menneskerettslige kontrollorganer

Praksis fra EMD og praksis og uttalelser fra FNs menneskerettighetskomité har stor betydning for tolkningen av henholdsvis EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 i norsk rett, men også for tolkningen av Grunnloven § 95.⁴¹

Ved anvendelsen av EMK skal norske domstoler i utgangspunktet benytte de samme tolkningsprinsippene som EMD, men med to viktige presiseringer. For det første skal ikke norske domstoler anlegge en «for dynamisk tolkning av konvensjonen».⁴² For det andre har Høyesterett lagt til grunn at i den utstrekning det er tale om å avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre, vil norske domstoler, innenfor EMDs metode, «også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer».⁴³ I hvilken grad norske domstoler skal tilkjenne

⁴³ Jf. Rt. 2000 s. 996, på s. 1008. Dette gjelder særlig dersom den norske lovgiver har vurdert forholdet til EMK og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid. Se også Rt. 2001 s. 1006 og Rt. 2005 s. 883. Se imidlertid dommer Skoghøys mindretallsvotum i Rt. 2013 s. 1345, avsnitt 257 hvor han skriver: «Ved proporsjonalitetsvurderingen etter EMK protokoll 1 artikkel 1 innrømmer EMD nasjonale myndigheter en skjønsmargin. Begrunnelsen for denne skjønsmarginen er at nasjonale myndigheter som oftest vil være bedre egnet enn EMD til å vurdere nødvendigheten av inngrepet fordi nasjonale myndigheter har større innsikt i særlige forhold som måtte gjøre seg gjeldende i det enkelte land. Mellom nasjonale lovgivere og domstoler eksisterer det ikke noen tilsvarende avstand. Som fremholdt av EMD i storkammerdom 19. februar 2009 [EMD-2005-3455] i saken A og andre mot Storbritannia avsnitt 184, kan derfor skjønsmarginen etter EMK ikke overføres til forholdet mellom nasjonale organer.[...] Det at skjønsmarginen etter EMK ikke gjelder i forholdet mellom nasjonale domstoler og lovgivere, kan likevel ikke være til hinder for at nasjonale domstoler ved proporsjonalitetsvurderingen legger vekt på lovgivernes vurdering. Den rett som borgerne etter EMK artikkel 13 har til å få prøvd nasjonalt hvorvidt det foreligger konvensjonsbrudd, kan ikke forstås slik at domstolene ved vurderingen av om et lovingrep er proporsjonalt, uten videre skal sette seg i lovgivernes sted. Hvorvidt domstolene skal vise tilbakeholdenhet ved prøvingen av lovgivernes proporsjonalitetsvurdering, beror imidlertid fullt ut på nasjonale regler.» Se også Rt. 2016 s. 304 avsnitt 50–51 som ikke eksplisitt drøfter problemstillingen men som understreker sammenhengen mellom kvaliteten på de nasjonale beslutningsprosessene og intensiteten i EMDs kontroll. Før menneskerettsloven hadde Høyesterett på enkelte områder lagt til grunn et klarhetsprinsipp; den konvensjonsrettslige regelen måtte være «tilstrekkelig klar og tydelig» for å tilside sette norsk lovgivning, jf. Rt. 1994 s. 610 (Bølgepappkjennelsen) på side 617. I Rt 2000 s. 996 (Bøhler) slås det fast at menneskerettsloven § 3 ikke inneholder noe slikt klarhetskrav.

⁴⁴ Høyesterett har, så vidt vi kan se, aldri gitt uttrykk for at norske domstoler ikke kan forholde seg til skjønnsmarginen, men ved flere anledninger kommet til et resultat i statens favor som følge av støtte i nasjonal skjønnsmargin, se f.eks. Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern) og Rt 2010 s. 143 (Rederiskatt).

⁴⁵ Rt. 2008 s. 1764, avsnitt 81.

⁴⁶ Se f.eks. Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 151 – 154 med videre henvisninger, og Rt. 2015 s. 93, avsnitt 63 – 64.

⁴⁷ Se nærmere om dette i Ulstein, «Høyesteretts anvendelse av traktatorganenes tolkningspraksis», Lov og Rett 07/2016, s. 395–404.

⁴⁸ Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 76, med henvisning til Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45–47, som viser tilbake til Rt. 2000 s. 996.

⁴⁹ Som nevnt er det likevel en viktig reservasjon at det er Høyesterett som fra 2014 har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser. For Grunnloven § 95 fremkommer dette klart i forannevnte Rt. 2014 s. 1292, avsnitt 21. Senere avgjørelser om Grunnloven § 95 bærer til dels preg av at Høyesterett henviser til Grunnloven § 95 og EMK art. 6 samlet og går direkte videre til å tolke bestemmelsene i lys av EMDs praksis. Se f.eks. HR-2018-699-A og HR-2018-104-A.

⁵⁰ Dette illustreres for eksempel av det i NOU 1999:19 *Domstolene i samfunnet*, kapittel 4 om internasjonale og utenlandske ordninger, stort sett kun er henvisning til Ministerkomiteens rekommendasjon fra 1994 (*Recommendation No. R(94)12, on the independence, efficiency and role of judges*) og *The European Charter on the statute for judges*.

nasjonale myndigheter den samme skjønnsmargin som EMD gjør, er en omfattende diskusjon vi ikke går nærmere inn på her.⁴⁴

FNs menneskerettighetskomité treffer ikke rettslig bindende avgjørelser, men kan avgi tre typer uttalelser: avgjørelser i individklagesaker, generelle kommentarer til konvensjonsbestemmelser og konklusjoner på statenes sykliske rapportering til komiteen. Høyesterett har lagt til grunn at «konvensjonstolkning» foretatt av FN's menneskerettighetskomité i en enkeltsak må ha «betydelig vekt» som rettskilde ved tolkningen av SP i norsk rett.⁴⁵ Vekten av komiteens generelle kommentarer beror på en nærmere vurdering, men også disse kan ha stor betydning for tolkningen.⁴⁶ Konklusjoner på statenes sykliske rapportering til komiteen er i hovedsak lagt opp som anbefalinger om hvordan overholdelsen av konvensjonen kan bedres. Disse inneholder i mindre grad tolkninger av konvensjonen. At komiteens tolkninger skal ha betydelig vekt innebærer at de har stor gjennomslagskraft, men ikke alltid er avgjørende.⁴⁷ For øvrig har Høyesterett lagt til grunn at utgangspunktene for tolkningen av EMK gjelder tilsvarende for tolkningen av SP i norsk rett.⁴⁸

Ettersom Grunnloven § 95 er basert på EMK artikkel 6 og SP artikkel 14, har praksis fra henholdsvis EMD og FN's menneskerettighetskomité stor betydning for tolkningen av Grunnloven § 95.⁴⁹

3.8 Internasjonale anbefalinger

3.8.1 INNLEDNING

I tillegg til de konstitusjonelle kildene og internasjonalt bindende forpliktelsene i EMK artikkel 6 og SP artikkel 14, finnes det en rekke internasjonale anbefalinger om domstolenes uavhengighet som ikke er rettslig bindende. Anbefalingene springer ut av FN, europaråds-systemet og EU.

Det er verdt å merke seg at anbefalingene fra de ulike organene i noen grad samvirker, etter som de i stor utstrekning viser til hverandre. Som det fremgår av de tematiske utredningene i kapitlene 5 til 14 i denne utredningen, er de på mange punkter sammenfallende eller peker i samme retning, men det er også enkelte ulikheter og nyanser. Det er også forskjell i detaljeringsgrad.

Man kan også merke seg at anbefalingene vedtas ved konsensus. Ordlyden er derfor utformet som et minste felles multiplum, og er ofte forholdsvis generell. Dette gjør det tidvis utfordrende å utlegge det nærmere meningsinnholdet i anbefalingene helt presist. Dette kan også sees i sammenheng med at dette er anbefalinger og ikke rettslig bindende normer, som det er opp til statene å vurdere om, og eventuelt hvordan, de skal implementere. Statene gis derfor et visst spillerom. Til enkelte av anbefalingene er det imidlertid utarbeidet en forklarende rapport, som kan bidra til å belyse den nærmere tanken bak og meningsinnholdet i anbefalingen.

Anbefalingene fra ulike organer i Europarådet er i stor grad kommet til etter år 2000.⁵⁰ Det er ulike oppfatninger i teorien om hvor godt disse anbefalingene «treffer» for norske forhold, hvor vi har en lang demokratisk tradisjon for ivaretagelse av grunnleggende rettsstatsprinsipper.

Ett synspunkt har vært at anbefalingene har sin bakgrunn i arbeidet for å styrke rettsstaten i Europa etter murens fall, og at det derfor er naturlig at diskusjonen i Europa har konsentrert seg om å styrke domstolenes uavhengighet og hvordan dette kan gjøres.⁵¹ Noen av anbefalingene er vedtatt av statenes representanter, andre av dommere fra hver medlemsstat i Europarådet, og en er vedtatt etter multilaterale møter.⁵² Sammensetningen av organet som har avgitt anbefalingen, kan ha betydning for hvilken vekt de ulike anbefalingene bør tillegges som rettesnor for nordiske forhold, og synspunktet har vært at det ikke er gitt at alle slike anbefalinger fullt ut bør overføres til de nordiske land.⁵³

Et annet synspunkt har vært at de internasjonale anbefalingene om domstolenes uavhengighet må forstås ut fra et behov for å skape robuste systemer som tåler spenninger som kan oppstå mellom domstolene og den utøvende makt, for eksempel i situasjoner hvor man opplever trusler mot den nasjonale sikkerheten.⁵⁴ I stater med lange demokratiske tradisjoner vil disse tradisjonene ikke i seg selv være en tilfredsstillende garanti for at de andre statsmaktene vil avstå fra utilbørlig maktbruk overfor domstolene i slike situasjoner.⁵⁵

I denne sammenheng er det også påpekt at forskning tyder på at formelle garantier for domstolenes selvstendighet ikke har samme effekt i etablerte demokratier som i hybrid-systemer og autoritære systemer.⁵⁶ Dette viser at formelle garantier knyttet til domstolenes uavhengighet i grunnlov og lov, slik anbefalingene i stor grad legger opp til, kan utgjøre en sikkerhetsmekanisme hvis det kulturelle og tradisjonsbaserte vernet skulle forvitte, for eksempel som følge av et mer polarisert samfunn.⁵⁷

3.8.2 DE INTERNASJONALE ANBEFALINGENES RETTSKILDEMESSIGE STATUS

De internasjonale anbefalingene er ikke rettslig bindende. Det innebærer ikke at de er uten rettslig betydning. Det er en rekke eksempler på at EMD bruker slike anbefalinger i sin rettslige argumentasjon, noe som medfører at de kan få innvirkning på innholdet i rettssetningene domstolen oppstiller.⁵⁸

EMD har ved flere anledninger uttalt at konvensjonen ikke kan tolkes i et vakuum, og at dens bestemmelser så vidt mulig skal fortolkes i overensstemmelse med andre relevante folkerettslige regler.⁵⁹ Det følger klart av EMDs praksis at denne komparative metoden ikke begrenser seg til rettslig bindende kilder.⁶⁰ Også ulike *soft law-kilder* trekkes inn i domstolens avgjørelser og får betydning for domstolens rettsanvendelse. Det er flere eksempler i praksis på at rekommandasjoner fra Europarådets ministerkomité så vel som resolusjoner fra Europarådets parlamentarikerforsamling er blitt trukket inn i domstolens avgjørelser.⁶¹ Selv om slike anbefalinger ikke er rettslig bindende for EMD, kan de etter omstendighetene anses som uttrykk for en felleseuropeisk konsensus og dermed få betydning ved tolkning av konvensjonsbestemmelsene.⁶²

I saker om domstolenes uavhengighet konkret er det også mange eksempler på at EMD har trukket inn de internasjonale anbefalingene som omhandles i denne utredningen i sine avgjørelser, herunder Ministerkomiteens resolusjon «Rec (2010)12 on Judges: independence, efficiency and responsibilities», «The European Charter on the statute for judges», anbefalinger fra Venezia-kommisjonen og fra The Consultative Council of European Judges (CCJE), og «UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary».⁶³

⁵¹ Backer, «Til diskusjonen om domstolenes uavhengighet i Norden», punkt 2.1, utgitt i Nordstedts Juridisk 2014 i forbindelse med Svea Hovratts 400-årsjubileum.

⁵² Se blant annet Backer, «Til diskusjonen om domstolenes uavhengighet i Norden», punkt 2.1, utgitt i Nordstedts Juridisk 2014 i forbindelse med Svea Hovratts 400-årsjubileum. For eksempel er Ministerkomiteens rekommandasjon Rec(2010)12 *Judges: independence, efficiency and responsibilities* vedtatt av statenes representanter. CCJEs anbefalinger er vedtatt av dommere fra hver enkelt medlemsstat i Europarådet, mens *The European Charter on the statute for judges* er vedtatt etter multilaterale møter.

⁵³ Backer, «Til diskusjonen om domstolenes uavhengighet i Norden», punkt 2.1, utgitt i Nordstedts Juridisk 2014 i forbindelse med Svea Hovratts 400-årsjubileum, hvor det blant annet vises til at man i Norden «lettere kan ha råd til å diskutere innholdet i domstolenes uavhengighet også med sikte på de begrensninger som bør gjelde for uavhengigheten».

⁵⁴ Engstad, «Dommernes uavhengighet i en utkant av Europa», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 278.

⁵⁵ *Ibid.* s. 279.

⁵⁶ E-post av 3. juli 2018 fra Eirik Holmøyvik (professor ved UIB og varamedlem i Venezia-kommisjonen) til NIM.

⁵⁷ E-post av 3. juli 2018 og 14. september 2018 fra Eirik Holmøyvik (professor ved UIB og varamedlem i Venezia-kommisjonen) til NIM, med videre henvisning til Ginsburg T, Melton J (2014) *Does De Jure Judicial Independence Really Matter*, *Journal of Law and Courts* 2:187–217.

⁵⁸ Kjølbro, *Den europeiske menneskerettigheds-konvention – for praktikere*, 3. utgave, (2010), s. 30.

⁵⁹ *Ibid.* s. 28 med videre henvisninger.

⁶⁰ *Ibid.* s. 30 med videre henvisninger.

⁶¹ *Ibid.* s. 30 med videre henvisninger. Se også storkammerdommen *Baka v. Ungarn* (20261/12), avsnitt 72–83 og avsnittene 114, 117, 121, 168 og 172.

⁶² Kjølbros, *Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – for praktiskere*, 3. utgave, (2010), s. 31.

⁶³ Se for eksempel *Oleksandr Volkov v. Ukraina* (21722/11), avsnitt 109, hvor EMD i vurderingen av om et disiplinærorgan var tilstrekkelig uavhengig etter EMK art. 6 henviste til anbefalinger i *The European Charter on the statute for Judges on dommerrepresentasjon i disiplinærorganer*. Se også *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* (55391/13, 57728/13 og 74041/13), avsnitt 41–49 og avsnitt 75, hvor EMD i den konkrete vurderingen av sammensetningen av et disiplinærorgan henviser til *The European Charter on the statute for Judges*, Ministerkomiteens rekommendasjon *Rec (2010)12 on Judges: independence, efficiency and responsibilities*, anbefalinger fra Veneziakommisjonen og CCJEs *Magna Carta of Judges*. Saken er klaget inn for EMD i storkammer og er derfor ikke rettskraftig (per 21. september 2018). Se også storkammerdommen *Baka v. Ungarn* (20261/12), avsnitt 72–83 og avsnittene 114, 117, 121, 168 og 172, hvor EMD viste til en rekke internasjonale anbefalinger om domstolenes uavhengighet i vurderingen av om en *de facto* avskjedigelse av Ungarns tidligere høyesterettsjustitiarius var i tråd med EMK art. 6 og om hans rettigheter etter EMK art. 10 var brutt.

⁶⁴ For eksempel the Commission for the Efficiency of Judges (CEPEJ).

⁶⁵ Rekommendasjonen erstatte Ministerkomiteens tidligere anbefaling fra 1994, «Recommendation No. R(94)12 independence, efficiency and role of judges».

⁶⁶ *FNs Basic Principles*, anbefalinger fra the Consultative Council of European Judges (CCJE) og the Commission for the Efficiency of Judges (CEPEJ), samt *The European Charter on the statute for judges*.

⁶⁷ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility, forklarende rapport*.

⁶⁸ Helgesen, «Dommeres – og domstolenes – uavhengighet, sett fra Venezia», *Dommeres uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 296.

Ut over å konstatere at anbefalingene kan tjene som *relevante* argumenter for hva som er gjeldende rett, er det vanskelig å gi en generell beskrivelse av hvilken *vekt* de enkelte anbefalingene har som rettskilde. Det vil bero på flere faktorer, blant annet hvilket organ som har gitt anbefalingen, om anbefalingen gjenfinnes i andre dokumenter, statenes tilslutning til anbefalingen, hva anbefalingen går ut på og hvordan den sammenfaller med andre rettskilder, særlig tidligere praksis fra EMD. I tillegg vil det være av betydning hvorvidt de ulike anbefalingene kan anses som uttrykk for felleseuropeiske minimumsstandarder.

En generell retningslinje kan likevel være at utbredte anbefalinger som følger argumentasjonslinjene i EMDs praksis, vil ha større betydning i den utstrekning de innebærer presiseringer av generelle normer EMD allerede har lagt til grunn.

3.8.3 EUROPARÅDET

3.8.3.1 Innledning

Det finnes en rekke organer som har vedtatt anbefalinger om domstolenes uavhengighet i Europarådet. I tillegg til dem som kort nevnes i det følgende, finnes det flere organer som vedtar anbefalinger av relevans for domstolene. Enkelte av disse har hovedfokus på andre aspekter ved domstolenes arbeid, som for eksempel kvalitet og effektivitet.⁶⁴ Også disse anbefalingene kan grense opp mot domstolenes uavhengighet, men drøftes ikke nærmere her.

3.8.3.2 Ministerkomiteen

Ministerkomiteen er Europarådets høyeste politiske beslutningsorgan og består av utenriksministrene fra de 47 medlemsstatene. Ministerkomiteen vedtok 17. november 2010 rekommendasjonen «Rec (2010)12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member States on judges: independence, efficiency and responsibilities».⁶⁵

Rekommendasjonen inneholder en rekke anbefalinger knyttet til domstolenes og dommeres uavhengighet. Blant annet gir den anbefalinger om rettslig regulering av domstolenes og dommeres uavhengighet, eksternt og intern uavhengighet, utnevning av dommere, dommeres stillingsvern og lønn, og ansvarliggjøring av dommere i form av for eksempel disiplinærreaksjoner. I fortalen anbefaler Ministerkomiteen at medlemsstatene sikrer at disse anbefalingene anvendes nasjonalt i regelverk, retningslinjer og praksis, slik at dommere kan utøve sin gjerning i samsvar med anbefalingene. Rekommendasjonen er utarbeidet blant annet på bakgrunn av EMK artikkel 6 og EMDs praksis knyttet til denne bestemmelsen, samt en rekke andre kilder.⁶⁶ Det er også utarbeidet en forklarende rapport som utdyper bakgrunnen for og det nærmere meningsinnholdet i rekommendasjonens anbefalinger.⁶⁷

3.8.3.3 Veneziakommisjonen

The European Commission for Democracy through Law, også kalt the Venice Commission (benevnt som «Veneziakommisjonen» eller «Kommisjonen»), er et rådgivende organ til Europarådet for konstitusjonelle spørsmål. Statene utnevner jurister til å sitte i Kommisjonen, oftest akademikere eller høyt plasserte dommere.⁶⁸ Kommisjonen ble opprettet i 1990 og hadde som sine første oppgaver å bistå nye demokratier med å skrive forfatninger og annen sentral offentligrettslig lovgivning i kjølvannet av Berlinmurens fall.⁶⁹ Hovedoppgaven til Kommisjonen er fortsatt å gi rådgivende uttalelser til stater om grunnlovsendringer og

lovreformer. Dette skjer på anmodning enten fra staten selv eller fra en av de tre store europeiske organisasjonene, Europarådet, EU og Organisasjonen for sikkerhet og samarbeid i Europa (OSSE).⁷⁰ Disse anbefalingene nedfelles i «opinions», heretter benevnt som «landrapporter». Venezia-kommisjonen avgir også *amicus curiae-innlegg* i konkrete retts-tvister.

Kommisjonen avgir videre rapporter med generelle analyser på spesifikke juridiske områder. Rapportene bygger både på andre relevante anbefalinger og på komparative undersøkelser av regler og ordninger i Europarådets medlemsstater. Anbefalingene fra Venezia-kommisjonen har derfor godt grunnlag i de felles konstitusjonelle tradisjonene i Europa. Venezia-kommisjonen erkjenner gjennom dette at nasjonal kontekst og politisk kultur kan bety mye for det reelle vernet av domstolenes uavhengighet, og har dermed en noe pragmatisk tilnærming til tematikken.⁷¹ De to viktigste generelle rapportene om domstolenes uavhengighet er «Report on the Independence of the Judicial System. Part I: The Independence of Judges» og «Report on Judicial Appointments».⁷² Det er stort sett anbefalinger fra disse generelle analysene som fremstilles i det følgende.

I tillegg til landrapportene og de generelle rapportene har Venezia-kommisjonen utarbeidet to nyttige verktøy, «Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning Courts and Judges» og «Rule of Law Checklist».⁷³

Venezia-kommisjonen har siden opprettelsen i 1990 avgitt mer enn 500 landrapporter og generelle rapporter.⁷⁴ EMD har i sine dommer og avgjørelser henvist til Venezia-kommisjonens landrapporter og generelle rapporter en rekke ganger.⁷⁵ I tillegg har EMD også bedt Venezia-kommisjonen om å avgi *amicus curiae-innlegg*.⁷⁶ Landrapportene til Kommisjonen er konkrete og detaljerte, ettersom de drøfter konkrete ordninger i en stat. Der Venezia-kommisjonen gjennom landrapporter har vurdert spørsmål som er relevante for EMDs vurdering i en konkret sak, trekker domstolen inn slike bakgrunnsfakta og tillegger disse relativt stor vekt i sin vurdering.⁷⁷ Det er som nevnt også mange eksempler på at EMD henviser til de generelle rapportene fra Kommisjonen, men disse synes å bli tillagt vekt på linje med de andre internasjonale anbefalingene.⁷⁸

3.8.3.4 The Consultative Council of European Judges (CCJE)

For å styrke dommernes rolle i medlemsstatene opprettet Europarådets ministerkomité i 2000 The Consultative Council of European Judges (CCJE). CCJE består av dommere som er utnevnt av kompetent myndighet i hver enkelt medlemsstat.⁷⁹

CCJE er et rådgivende organ for Europarådet om spørsmål knyttet til dommeres uavhengighet, upartiskhet og kompetanse. CCJE har også en rådgivende funksjon knyttet til generelle spørsmål om dommeres uavhengighet, upartiskhet og kompetanse. CCJE avgir derfor også anbefalinger («opinions») til Ministerkomiteen.⁸⁰ I perioden 2001–2017 har CCJE vedtatt 20 anbefalinger. Hovedformålet med anbefalingene er å gi et rammeverk, utarbeidet av dommere selv, av forventede kjennetegn ved et rettssystem som er i samsvar med EMK med utgangspunkt i domstolens fungering og dommeres status.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Se for eksempel Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 31–32.

⁷² Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)* og Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, henholdsvis CDL-AD(2010)004 og CDL-AD(2007)028.

⁷³ CDL-PI(2015)001 og CDL-AD(2016)007. *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning Courts and Judges* er en sammenstilling av Kommisjonens anbefalinger og rapporter om domstoler og dommere. Den omfatter ulike temaer knyttet til domstoler (rettslig regulering, etablering av domstoler, intern organisering av arbeidet innen domstolene og budsjett- og personalmessige forhold) og dommere (utnevning av dommere, utnevnesperiode, mulighet for avskjed mv.), og har i tillegg et eget punkt om såkalte domstolsråd (judicial councils). Sammenstillingen er ment å være en kilde hvor det er enkelt å finne hva Kommisjonen har ment om ulike spørsmål, og hovedmålgruppen er blant annet personer som utarbeider utkast til lovgivning på dette området. Sammenstillingen inneholder korte sitater med henvisning til dokumentet sitatet fremkommer i, og er systematisert tematisk. Informasjonen i sammenstillingen må derfor utdypes med primærkildene det henvises til. Relevante generelle analyser det henvises til i sammenstillingen, er blant andre *Report on the Independence of the Judicial System. Part I: The Independence of Judges* og *Report on Judicial Appointments. Rule of Law Checklist* er ment som et verktøy for å kunne vurdere på en systematisk måte om staten oppfyller de klassiske *rule of law*-kriteriene sett ut fra konstitusjonelle og lovgivningsmessige strukturer, gjeldende lovgivning og praksis. Sjekklisten ser først og fremst på rettssikkerhetsgarantier. *The Rule of Law Checklist* brukes også av Kommisjonen selv når den på anmodning vurderer spesifikke forhold i en stat. Listen oppstiller såkalte «benchmarks». Ett av disse er «access to justice», hvor uavhengighet og upartiskhet for domstoler og dommere er en av parameterne. Under hver parameter er det et sett med spørsmål og en etterfølgende nærmere forklaring på hva som ligger i dette.

⁷⁴ E-post av 3. juli 2018 fra Eirik Holmøyvik (professor UIB, varamedlem i Venezia-kommisjonen) til NIM.

17. november 2010 vedtok CCJE "The Magna Carta for Judges (Fundamental Principles)." Disse prinsippene oppsummerer og kodifiserer hovedkonklusjonene i anbefalingene CCJE hadde vedtatt frem til dette tidspunktet.

CCJE yter også praktisk bistand til Europarådets medlemsstater om oppfyllelse av standarder for dommere, og utarbeider årlige rapporter om situasjonen for dommerne i medlemsstatene.

3.8.3.5 The European Charter on the statute for judges

«The European Charter on the statute for judges» (benevnt som «charteret») ble utarbeidet på en internasjonal konferanse i regi av Europarådet i 1998, men er ikke formelt vedtatt av Europarådet.⁸¹ Charteret har derfor ingen formell rettskildemessig status.⁸² Dette betyr likevel ikke at det er uten betydning rettslig sett, se punkt 3.8.2 ovenfor om de internasjonale anbefalingenes rettskildemessige status.

I omtalen av charteret i NOU 1999:19 fremgår det at «[u]tforming av charteret er ellers i sterkere grad basert på og tilpasset de gjeldende systemer i land i Syd-Europa og Øst-Europa, enn de nordiske land – ikke minst gjelder dette for Norge».⁸³ Denne betraktningen har ikke direkte dekning i charteret selv, men er antakelig basert på charterets forord, hvor det fremgår at deltakerne på den internasjonale konferansen som vedtok charteret, kom fra 13 vest-, sentral- og søreuropeiske land. I tillegg til disse var flere europeiske dommerorganisasjoner representert.

Charterets formål er å gi bestemmelser som så godt som mulig sikrer kompetanse, uavhengighet og upartiskhet hos dommere. Charteret inneholder punkter om blant annet rekruttering og opplæring av dommere, utnevning og uavsettelighet, karriereutvikling og lønn. Det er videre utarbeidet en forklarende rapport som utdypes det nærmere meningsinnholdet av anbefalingene i charteret.

3.8.4 EU

The European Network of Councils for the Judiciary (benevnt som «ENCJ») er et nettverk for de administrative organene for domstolene i EUs medlemsstater. Nettverket åpner for at administrative organer for domstoler i stater utenfor EU kan være observatører. Domstoladministrasjonen i Norge har en slik observatørstatus i nettverket.⁸⁴

Ett av nettverkets strategiske mål er å fremme utviklingen av uavhengige domstolsråd.⁸⁵ Videre utgir ENCJ årlige rapporter kalt "Independence, Accountability and Quality of the Judiciary". Disse rapportene inngår i et prosjekt for å utvikle normative kriterier for uavhengighet og for å undersøke uavhengigheten i rettssystemene i medlemsstatene og observatørstatene.⁸⁶ Som en del av prosjektet er det også gjennomført spørreundersøkelser blant europeiske dommere for å kartlegge deres oppfatninger av egen uavhengighet, som danner deler av grunnlaget for rapportene.

ENCJ har også utviklet «Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017», som er en sammenstilling og komprimering av alle tidligere prosjekter og rapporter utarbeidet av ENCJ. Det er stort sett sistnevnte sammenstilling som omtales under de tematiske punktene under.

3.8.5 FN

Også i FN er det utarbeidet en rekke anbefalinger. FNs spesialrapportør for dommeres og advokaters uavhengighet utgir rapporter som belyser ulike problemstillinger knyttet til domstolenes uavhengighet. Det er videre vedtatt flere FN-resolusjoner om betydningen av integritet og uavhengighet i rettssektoren.⁸⁷

FNs «Basic Principles on the Independence of the Judiciary», som ble vedtatt av FNs generalforsamling 13. desember 1985, angir grunnprinsipper for domstolenes uavhengighet.⁸⁸ Prinsippene har sitt utspring i blant annet SP artikkel 14 og gir nærmere anbefalinger om de nasjonale domstolenes uavhengighet, om dommeres yringsfrihet og forholdet til andre menneskerettigheter, om kvalifikasjonskrav til dommere og utnevning av dommere, om dommeres arbeidsvilkår og om disiplinære forføyninger overfor dommere.⁸⁹

FNs Basic Principles er ikke folkerettslig bindende, men siktemålet er at statene skal la seg inspirere av prinsippene og bestrebe seg på å gjennomføre dem i egen lovgivning.⁹⁰ De er også en del av grunnlaget for utarbeidelsen av Europarådets ministerkomité's rekommandasjon, Venezia-kommisjonens anbefalinger og anbefalingene fra CCJE, som er omtalt over. Det er også eksempler på at EMD viser til prinsippene i sine avgjørelser.⁹¹

3.8.6 OPPSUMMERING

De internasjonale anbefalingene som danner grunnlaget for denne utredningen, omfatter alt fra anbefalinger avgitt av Europarådets høyeste politiske beslutningsorgan (Ministerkomiteen) og FNs generalforsamling, til rådgivende komiteer bestående enten av jurister og dommere med kompetanse på konstitusjonelle spørsmål (Venezia-kommisjonen) eller utelukkende av dommere (CCJE). Videre er en av anbefalingene, charteret, utarbeidet på en internasjonal konferanse.

Anbefalingene fra de ulike organene samvirker i noen grad, ettersom de i stor utstrekning viser til hverandre. De er på mange punkter sammenfallende eller peker i samme retning. Enkelte ulikheter og nyanser er det likevel, og det er også forskjell i detaljeringsgrad. Ordlyden i anbefalingene er ofte forholdsvis generell. Dette gjør det tidvis utfordrende å utlegge det nærmere meningsinnholdet i anbefalingene helt presist. Dette kan også sees i sammenheng med at dette er anbefalinger og ikke rettslig bindende normer, og statene gis derfor et visst spillerom.

⁷⁵ Helgesen, «Dommeres – og domstolenes – uavhengighet, sett fra Venezia», *Dommeres uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 297. E-post av 3. juli 2018 fra Eirik Holmøyvik (professor UIB, varamedlem i Venezia-kommisjonen) til NIM. Se for eksempel stor-kammerdommen *Baka v. Ungarn* (20261/12) og *Volkov v. Ukraina* (21722/11).

⁷⁶ E-post av 3. juli 2018 fra Eirik Holmøyvik (professor UIB, varamedlem i Venezia-kommisjonen) til NIM.

⁷⁷ Se f.eks. *Oleksandr Volkov v. Ukraina* (21722/11), avsnitt 112, hvor det vises til Venezia-kommisjonens landrapport CDL-AD(2010)029. Her ble det vist til at Venezia-kommisjonen i nevnte landrapport hadde uttalt at endringer i ukrainsk lovgivning i forbindelse med utnevning av dommere ikke hadde løst det opprinnelige problemet, all den tid dommerutnevnelsene fortsatt ble utført av de samme myndigheter som før.

⁷⁸ Se f.eks. stor-kammerdommen *Baka v. Ungarn* (20261/12), avsnitt 72–83 og avsnittene 114, 117, 121, 168 og 172, hvor EMD viste til en rekke internasjonale anbefalinger om domstolenes uavhengighet i vurderingen av om en *de facto* avskjedigelse av Ungarns tidligere høyesterettsjustitiarius var i tråd med EMK art. 6 og om hans rettigheter etter EMK art. 10 var brutt.

⁷⁹ CCJE, *The opinions of the CCJE*, Strasbourg, 17. mars 2015.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ NOU 1999: 19 *Domstolene i samfunnet*, s. 52.

⁸² Jf. forordet til *The European Charter on the statute for judges*.

⁸³ NOU 1999: 19 *Domstolene i samfunnet*, s. 52.

⁸⁴ Heyerdahl, «Domstolleders myndighet og dommeres uavhengighet», *Lov og Rett* 07/2017, s. 373–387 punkt 1 fotnote 2.

⁸⁵ <https://www.encj.eu/articles/124> (sist lastet 21. september 2018).

⁸⁶ Heyerdahl, «Domstolleders myndighet og dommeres uavhengighet», *Lov og Rett* 07/2017, s. 373–387 punkt 1.

⁸⁷ Se for eksempel A/HRC/32/34 og A/HRC/35/31 Report of the special rapporteur on the independence of judges and lawyers og Resolution 5/4 (2013) og resolution 6/6 (2015) of the Conference of the State Parties to the United Nations Convention against Corruption. I tillegg vedtok FNs menneskerettiskommisjon i 2003 *The Bangalore Principles of Judicial Conduct*, som inneholder etiske retningslinjer for dommere. Ettersom det fremgår av mandatet for denne utredningen at Domstolkommisjonen særlig ønsker at NIM kartlegger anbefalinger fra Europarådet, drøftes ikke disse nærmere.

⁸⁸ FN, *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, Milano 1985, godkjent av FNs Generalforsamling i resolusjonene 40/32 (1985) og 40/146 (1985).

⁸⁹ Ot.prp. nr. 44 (2000–2001) s. 42.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Se for eksempel stor-kammerdommen *Baka v. Ungarn* (20261/12), avsnitt 72.

Anbefalingene er ikke rettslig bindende, men det er flere eksempler på at EMD har trukket dem inn i sine avgjørelser. Ut over å konstatere at anbefalingene kan tjene som relevant argument for hva som er gjeldende rett, er det vanskelig å gi en generell beskrivelse av hvilken betydning de enkelte anbefalingene har som rettskilde. Betydningen beror på flere faktorer, blant annet hvilket organ som har gitt anbefalingen, om anbefalingen gjenfinnes i andre dokumenter, statenes tilslutning til anbefalingen, hva anbefalingen går ut på og hvordan den sammenfaller med andre rettskilder, særlig tidligere praksis fra EMD. I tillegg vil det være av betydning hvorvidt anbefalingene kan anses som uttrykk for felles-europeiske minimumsstandarder.

«Without independent judges there can be no correct and lawful implementation of rights and freedoms. Consequently, the independence of the judiciary is not an end in itself. It is not a personal privilege of the judges but justified by the need to enable judges to fulfil their role of guardians of the rights and freedoms of the people.»

Veneziakommisjonen

Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010), avsnitt 6

4. Domstolenes virksomhet

⁹² *Golder v. Storbritannia* (4451/70), avsnitt 28–36, *Deweere v. Belgia* (6903/75), avsnitt 48–49 og FN, Menneskerettighetskomiteen, *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial* (2007), avsnitt 16.

⁹³ EMD, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb)* 2018, s. 17 – 18 med videre henvisninger, og FN, Menneskerettighetskomiteen, *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial* (2007), avsnitt 16.

⁹⁴ Grunnloven § 89.

⁹⁵ Rt. 2015 s. 921, avsnitt 68–76.

⁹⁶ Rt. 2014 s. 620.

4.1 Innledning

Kravet om uavhengighet gjelder domstolenes virksomhet. For å forstå de ulike aspektene ved uavhengighetskravet må man ha en oversikt over hva domstolenes uavhengige virksomhet går ut på. I det følgende beskrives derfor domstolenes konstitusjonelle kompetanse, hva *dømmende virksomhet* nærmere bestemmer, samt krav til rettsgrunnlaget for domstolenes virksomhet.

4.2 Domstolenes saklige kompetanse

Grunnloven § 95 sikrer enhver rett til å få «sin sak avgjort» av en domstol. Dette må trolig forstås på samme måte som angivelsen av domstolenes saklige kompetanse etter EMK artikkel 6 og SP artikkel 14. Det innebærer at enhver i utgangspunktet har rett til å få straffeanklager og privatrettslige tvister avgjort av domstolene.⁹² Ut over dette gir EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 bare i begrenset utstrekning en rett til domstolprøving av lovligheten av offentlig myndighetsutøvelse.⁹³

Grunnloven tillegger domstolene saklig kompetanse som går ut over det som følger av de internasjonale forbildene. Konstitusjonelt har også domstolene kompetanse til å kontrollere den utøvende og lovgivende makt, gjennom prøving av henholdsvis gyldigheten av forvaltningsvedtak og lovers grunnlovsmessighet.⁹⁴ I 2015 ble domstolenes prøvingsrett delvis kodifisert i Grunnloven § 89, hvor det fremgår at domstolene har «rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven.»

Grunnloven har en rekke bestemmelser som spesifikt gjelder domstolenes saklige kompetanse i straffesaker. Etter Grunnloven § 96 første ledd er det kun domstolene som kan idømme «straff». Sammen med det strafferettslige legalitetsprinsippet og uskyldpresumpsjonen i samme bestemmelse, samt tilbakevirkningsforbudet i § 97, etablerer Grunnloven en tydelig kompetansefordeling mellom domstolene på den ene siden og lovgiver og den utøvende makt på den andre siden. Straffebegrepet i Grunnloven § 96 er imidlertid snevrere enn begrepet *criminal charge* i EMK artikkel 6 og SP artikkel 14, som inngår i begrepet *sak* i Grunnloven § 95.⁹⁵ Det innebærer at Grunnloven etablerer to systemer for idømmelse av straff: ett for *straff* og ett for *criminal charge*. Kompetansefordelingen mellom domstolene på den ene siden og lovgiver og utøvende makt på den andre siden er forskjellig i de to systemene. For saker som omfattes av straffebegrepet i Grunnloven § 96, er det kun domstolene som kan idømme straff. For saker som faller utenfor dette straffebegrepet, men innenfor straffebegrepet i Grunnloven § 95, kan den utøvende makt fastsette straff, såfremt det er adgang til etterfølgende domstolprøving. I disse tilfellene har altså ikke domstolene eksklusiv kompetanse til å idømme straff. For saker som ikke gjelder frihetsstraff, som omfattes av straffebegrepet i Grunnloven § 96, er det i stor grad opp til lovgiver å avgjøre etter hvilket av de to systemene straffesaker skal behandles.⁹⁶

Etter Grunnloven § 94 tilligger det også domstolene å prøve lovligheten av frihetsberøvelser som ikke er straffereaksjoner.

En avgrensning av domstolenes saklige kompetanse følger av Grunnloven § 55, hvor det heter at Stortinget treffer endelig avgjørelse i «stridigheter om stemmerett». Det følger også av Grunnloven § 64 at lovligheten av stortingsvalg ikke kan prøves av domstolene. Dette kan problematiseres opp mot Grunnloven § 49 og EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 3, som samlet sett antageligvis gir en rett til prøving av valgtvister. I hvilken utstrekning domstolene kan prøve slike spørsmål, er til en viss grad uavklart og vil ikke bli nærmere vurdert her. Det tjener imidlertid som et eksempel på en mulig konstitusjonell avgrensning av domstolenes saklige kompetanse.

Det er et særtrekk ved det norske systemet at kompetansen til å avgjøre private rettstvister, straffesaker og lovligheten av annen offentlig myndighetsutøvelse er samlet i en og samme overordnede domstol.⁹⁷ I andre konstitusjonelle systemer kan disse funksjonene være fordelt på flere overordnede domstoler, for eksempel en domstol som behandler straffesaker og private tvister, en forvaltningsdomstol og en konstitusjonsdomstol.

En ytterligere dimensjon er at førsteinstansbehandlingen i en del spesifikke sakstyper, for eksempel barnevernssaker og trykkesaker, er lagt til domstollignende organer som ikke er domstoler, men som likevel oppfyller kravene i EMK artikkel 6.⁹⁸

I tillegg kommer at Riksretten har eksklusiv kompetanse i saker som omfattes av Grunnloven § 86. Spesielle forhold ved Riksretten behandles ikke her, men de rettslige kravene til uavhengighet som beskrives i det følgende, vil i utgangspunktet gjelde for Riksretten på samme måte som for de alminnelige domstolene.

Det er nær sammenheng mellom domstolenes funksjonelle kompetanse og hvilke krav som stilles til domstolenes institusjonelle uavhengighet. Et synspunkt er for eksempel at domstoler med kompetanse til å utøve grunnlovskontroll har såpass stor konstitusjonell makt i forhold til utøvende og lovgivende makt at en viss grad av politisk innflytelse, typisk gjennom prosessen for utnevning av dommere, anses ønskelig av hensyn til demokratisk legitimitet. Et motsatt synspunkt er at de øvrige statsmaktenes interesse i saker som angår gyldigheten av forvaltningsvedtak og lovers grunnlovsmessighet, nettopp tilsier en sterk institusjonell uavhengighet, fri fra politisk innflytelse.⁹⁹ Denne type betraktninger kan slå forskjellig ut avhengig av hvilken rettskultur de oppstår i, og hvilken saklig kompetanse det er snakk om. I norsk sammenheng byr en funksjonell tilnærming til uavhengighet på særlige utfordringer, ettersom samtlige funksjoner er samlet i en overordnet domstol.

Generelt sett vil nasjonale særtrekk ved det konstitusjonelle domstolssystemet, herunder domstolenes kompetanse og funksjoner, ha betydning for hvordan domstolenes institusjonelle uavhengighet bør ivaretas.¹⁰⁰

4.3 Den dømmende virksomheten

Ovenfor er det redegjort for hvilke saker domstolene har kompetanse til å avgjøre. Den dømmende virksomheten er avgjørelsesprosessen i disse sakene.

⁹⁷ Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 3. utgave, Oslo Fagbokforlaget, 2015, s. 291–292.

⁹⁸ Basert på angivelsen av «alminnelige domstoler» i domstoloven § 1.

⁹⁹ Schei, «Domstolenes og dommerens uavhengighet og forholdet til de øvrige statsmakter», *Dommerens uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 21–25.

¹⁰⁰ *Ibid* s. 21–27.

¹⁰¹ Castberg, *Norges statsforfatning II*, tredje utgave, Oslo 1964, s. 151 og Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Oslo 2017, s. 260.

¹⁰² *Coeme og andre v. Belgia* (32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 og 33210/96), avsnitt 99.

¹⁰³ *Albert og Le Compte v. Belgia* (7299/75, 7496/76) avsnitt 29 og *Belilos v. Sveits* (10328/83) avsnitt 54.

¹⁰⁴ Se bl.a. *Gurov v. Moldova* (36455/02), avsnitt 34–35, med videre henvisninger.

¹⁰⁵ *Posokhov v. Russland* (63486/00), avsnitt 39.

¹⁰⁶ *Gurov v. Moldova* (36455/02), avsnitt 35–36.

¹⁰⁷ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 7 og Veneziakommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 20–22.

I norsk konstitusjonell tradisjon er dømmende virksomhet gjerne beskrevet som å treffe bindende avgjørelser i rettsspørsmål ved anvendelse av rettsregler på faktiske forhold.¹⁰¹ EMD bygger på en lignende definisjon. I *Coeme og andre v. Belgia* er den dømmende virksomheten beskrevet slik, som en iboende del av begrepet *tribunal* i EMK artikkel 6:¹⁰²

«A tribunal "is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say determining matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner" [...]

En viktig presisering av dette utgangspunktet er at den dømmende virksomheten innbefatter å avgjøre «questions of fact» og «questions of law».¹⁰³ Domstolen må altså kunne avgjøre hvilket faktum som skal legges til grunn (bevisbedømmelse), hva innholdet i rettsreglene er (tolkning) og hvordan rettsreglene skal anvendes på det faktiske forholdet (subsumpsjon).

At domstolene skal være uavhengige i sin dømmende virksomhet innebærer at de utenfor den lovbestemte saksbehandlingen ikke skal påvirkes ved tolkningen av rettsreglene, avgjørelsen av hvilket forhold som anses bevist, anvendelsen av rettsreglene på det faktiske forholdet, og med det: innholdet i rettsavgjørelsen. Kravene om institusjonell uavhengighet handler om å sikre at disse oppgavene, som til sammen utgjør den dømmende virksomheten, utøves uavhengig.

4.4 Rettsgrunnlaget for domstolenes virksomhet

Etter EMK artikkel 6 skal domstolen være «established by law». Slik EMD har tolket dette kravet, har det en viktig side mot domstolenes uavhengighet overfor den utøvende makt og forholdet til den lovgivende makt. EMD har i flere saker lagt til grunn at kravet til rettsgrunnlag skal sikre «that the judicial organisation in a democratic society does not depend on the discretion of the executive, but that it is regulated in law emanating from Parliament».¹⁰⁴ Dette omfatter ikke bare grunnlaget for domstolen som sådan, men også grunnlaget for kompetansen til rettens medlemmer.¹⁰⁵ I utgangspunktet er det lovgiveren som skal etablere grunnlaget for de grunnleggende rettssikkerhetskomponentene som definerer en domstol: uavhengighet, utnevnellesperiode, upartiskhet og prosessuelle garantier.¹⁰⁶

For at domstolen skal være lovlig etablert må grunnlaget for domstolen og enkelte grunnleggende komponenter for domstolens virksomhet være fastsatt av lovgiver. At den utøvende makt ikke kan etablere «lovlige» domstoler og drive dømmende virksomhet, er et helt grunnleggende krav til innretningen av domstolssystemet. Det er også et sentralt utgangspunkt for forholdet mellom domstolene og de øvrige statsmaktene.

I samme retning anbefaler Europarådets ministerkomité og Veneziakommisjonen at de grunnleggende prinsippene for domstolenes uavhengighet bør være fastsatt i Grunnloven, men at mer spesifikke bestemmelser om domstolenes uavhengighet kan fastsettes i lovs form.¹⁰⁷

4.5 Upartiskhet

Domstolenes virksomhet skal ikke bare utøves uavhengig. Den skal også utøves upartisk. Både Grunnloven § 95, EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 stiller krav om at domstolene skal

være uavhengige og upartiske. Det er nær sammenheng mellom uavhengighet og upartiskhet, og grenseoppgangen kan i mange tilfeller være flytende.¹⁰⁸ Fellesnevneren er at domstolenes dømmende virksomhet ikke skal være gjenstand for illegitim påvirkning, for eksempel instruks fra staten eller en dommers egeninteresse i saken. Tilsvarende har EMD vist til den angelsaksiske maksimen «justice must not only be done: it must also be seen to be done».¹⁰⁹ I dette ligger det at det heller ikke skal fremstå som om den dømmende virksomheten kan være gjenstand for illegitim påvirkning.

Kravet til uavhengighet retter seg mot det institusjonelle og handler primært om forholdet mellom domstolene og de øvrige statsmaktene. Upartiskhet lar seg ikke på samme måte begrunne ut fra maktfordelingssynspunkter. Det retter seg mot dommerens forhold til saken, herunder partene og hva saken gjelder.¹¹⁰ Domstolen kan følgelig være uavhengig, men ikke upartisk. Hvis den ikke er uavhengig, er den imidlertid også lett partisk.

Vurderingene om upartiskhet handler mer overordnet om hvorvidt dommergjerningen påvirkes av utenforliggende personlige preferanser eller fordommer. Vurderingen består av en subjektiv og en objektiv test. Den subjektive testen ser på om dommerens avgjørelse i den konkrete saken rent faktisk har vært påvirket av utenforliggende hensyn.¹¹¹ Det kan være tilfellet dersom dommeren har fremstått som forutinntatt, for eksempel ved å vise uvilje eller fiendtlighet mot en av partene.¹¹² EMD opererer imidlertid med en sterk presumpsjon om at en dommer er upartisk, og det er få eksempler fra EMDs praksis på at domstolen anses som upartisk etter den subjektive testen.

For den objektive testen er det avgjørende hvordan domstolen fremstår utad. Dette gjelder i tillegg til den subjektive testen, og det er derfor ikke tilstrekkelig at den enkelte dommer rent faktisk er uhildet. Den objektive iakttagelse må ikke ha en «legitimate reason to fear a lack of impartiality».¹¹³ I denne vurderingen er partenes oppfatning viktig, men ikke i seg selv avgjørende. Det avgjørende er om «this fear can be held to be objectively justified».¹¹⁴ Et moment i den objektive vurderingen er om det foreligger et normativt rammeverk som materielt og prosessuelt ivaretar dommeres upartiskhet, for eksempel regler om vurdering av habilitet og plikt til å vike sete.¹¹⁵ Det er særlig denne delen av vurderingen av upartiskhet som i praktiske tilfeller kan ha en glidende overgang mot uavhengighetskravet. Vurderingene kan også bli sammenfallende, slik som i *Agrokompleks v. Ukraina*, som er nærmere omtalt i punkt 5.2.¹¹⁶

«They are particularly difficult to dissociate, where – like in the present case – the arguments advanced by the applicant to contest both the independence and impartiality of the court are based on the same factual considerations. The Court will therefore examine both these issues together.»

Elementer fra kravet til upartiskhet kan være relevante ved vurderingen av kravene til domstolenes uavhengighet. I det følgende tas det utgangspunkt i uavhengighetskravet, men kravet til upartiskhet vil komme inn i enkelte sammenhenger hvor det er sammenfallende med eller bidrar til å utfylle uavhengighetskravet.

¹⁰⁸ Se bl.a. *Findlay v. Storbritannia* (22107/93), avsnitt 73.

¹⁰⁹ *Campbell og Fell v. UK* (7819/77 og 7878/77), avsnitt 81 og 85.

¹¹⁰ Aall, «Norske og internasjonale krav til domstolenes uavhengighet», *Dommerens uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 55–56.

¹¹¹ Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 1–9, 3.* udgave 2011 s. 506. Se også FN, Menneskerettighetskomiteen, *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial* (2007), avsnitt 21.

¹¹² *Micallef v. Malta* (17056/06), avsnitt 94. Se også Schabas, *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, 2015, s. 296 og FN, Menneskerettighetskomiteen, *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial* (2007), avsnitt 21.

¹¹³ *Micallef v. Malta* (17056/06), avsnitt 96. Se også Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 1–9, 3.* udgave 2011 s. 507.

¹¹⁴ *Micallef v. Malta* (17056/06), avsnitt 96.

¹¹⁵ *Ibid*, avsnitt 99.

¹¹⁶ *Agrokompleks v. Ukraina* (23465/03), avsnitt 128.

5. Vern mot direkte påvirkning

¹¹⁷ Se bl.a. *Maktouf og Damjanovic v. Bosnia og Herzegovina* (2312/08 og 34179/08), avsnitt 49 og FN, Menneskerettighetskomiteen, *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial* (2007), avsnitt 19.

¹¹⁸ *Sovtransavto Holding v. Ukraina* (48553/99), avsnitt 80. En annen side ved saken var at den ukrainske prosesslovgivningen i stor grad åpnet for tredjepartsintervensjoner, som staten benyttet seg av og som medførte tilsidesettelse av avgjørelser i sakskomplekset. Adgangen til slike intervensjoner og den potensielle konsekvensen av dem medførte at domstolsbehandlingen heller ikke var i samsvar med prinsippet om rettslig forutsigbarhet («legal certainty»), se avsnitt 77–78. Det siste angår ikke uavhengighet direkte, men illustrerer en annen situasjon der statlige intervensjoner kan være problematiske.

¹¹⁹ *Ivanovski v. Den tidligere jugoslaviske republikken Makedonia* (29908/11), avsnitt 145–146.

5.1 Innledning

Kjernen i uavhengighetskravet er at domstolenes dømmende virksomhet skal være fri fra illegitim påvirkning fra de øvrige statsmaktene, men også fra sakens parter og andre. Som også denne utredningen bærer preg av, er vurderinger av uavhengighet ofte knyttet til mer indirekte forhold som muliggjør illegitim påvirkning, blant annet hvordan dommere utnevnes og avsettes.¹¹⁷ Det reflekterer at det gjerne er på andre måter enn gjennom blotte instruksjer i enkeltsaker og tilsidesettelse av dommer at domstolenes uavhengighet reelt sett utfordres. I dette kapitlet drøftes relevante skranke for direkte påvirkning, herunder hvilke grenser uavhengighetskravet setter for ytre innblanding i enkeltsaker.

5.2 Rettslige utgangspunkter

Både Grunnloven § 95, EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 forbyr at de øvrige statsmaktene instruerer domstolene i deres dømmende virksomhet. Unntatt i situasjoner hvor de øvrige statsmaktene har en legitim prosessuell rolle i saken, er spørsmålet hvor langt de øvrige statsmaktene kan gå i å intervensjonere i enkeltsaker på andre måter, gjennom offentlige uttalelser, press, med videre.

I *Sovtransavto Holding v. Ukraina* var det i en sivil sak blitt utøvd betydelig press fra politiske myndigheter, blant annet i form av at den ukrainske presidenten, med henvisning til den spesifikke saken, oppfordret domstolen til å forsvare interessene til ukrainske borgere. EMD fremholdt at dette i seg selv var uforenlig med uavhengighetskravet, ettersom det skapte berettiget tvil om domstolens uavhengighet og upartiskhet.¹¹⁸

Et annet eksempel er *Ivanovski v. Den tidligere jugoslaviske republikken Makedonia*. Saken gjaldt avsettelse av en offentlig tjenesteperson fordi vedkommende angivelig hadde samarbeidet med det tidligere regimets hemmelige polititjeneste. Denne type saker («lustration proceedings») fikk stor politisk oppmerksomhet og medførte blant annet at enkelte parlamentarikere ytret sterk kritikk mot en tidligere avgjørelse fra konstitusjonsdomstolen. Tilsynelatende på denne bakgrunn publiserte statsministeren et åpent brev mens saken mot klageren pågikk, hvor han fremholdt at vedkommende hadde samarbeidet med det hemmelige politiet, hvilket også var temaet i den pågående saken. I lys av innholdet og hvordan anklagen ble fremsatt, konkluderte EMD med at uttalelsen var uforenlig med kravet til uavhengige og upartiske domstoler.¹¹⁹

Et tredje eksempel er *Agrokompleks v. Ukraina*. Den underliggende saken gjaldt en konkurs i Ukrainas største oljeraffineri, der staten var majoritetsaksjonær. I saken var det betydelig innblanding fra politiske myndigheter. Sentrale parlamentarikere, statsministeren og presidenten, med medvirkning fra klagerens motpart, sendte brev til retten med forskjellige anmodninger om å underkjenne eller revurdere tidligere avgjørelser i saken, og om å avslutte saken. Domstollederen besvarte en del av henvendelsene, blant annet med oppdateringer om saksforløpet. Underveis i prosessen instruerte også domstollederen to av dommerne til å revurdere en sentral avgjørelse i saken. Da saken var avgjort, takket selskapet den ukrainske presidenten for intervensjonene og det gode resultatet.¹²⁰ I saken trakk EMD opp en retningslinje for grensen mot illegitim statlig innblanding.¹²¹

«The Court is mindful of the fact that the proceedings in question concerned the insolvency of what was at the time the country's biggest oil refinery and in which the State was the major shareholder [...]. It is therefore natural that they attracted the close attention of the State authorities at the highest level. Those authorities, however, did not confine themselves to passive monitoring of the developments in the court case in the context of their extrajudicial efforts to overcome LyNOS's crisis, but blatantly interfered in the court proceedings, which is unacceptable.»

Det er helt legitimt at staten har en interesse i saker som verserer for domstolen. Hvis staten ikke har ordinære rettslige virkemidler for å intervensere i saken, bør staten begrense seg til å følge saken uten å blande seg inn med utenomrettslige virkemidler. Forsøk på direkte instruksjoner er ikke akseptabelt. Som sakene omtalt ovenfor viser, kan også offentlige ytringer fra styresmaktene om utfallet av saken være uforenlige med uavhengighetskravet.

Situasjonen i *Kinsky v. Tsjekkia* skiller seg noe fra disse sakene. En østerriker hadde fått medhold i tsjekkiske domstoler for et krav om tilbakeføring av eiendom som var konfiskert av Tsjekkia etter andre verdenskrig. Denne saken, sammen med flere tilsvarende saker i Tsjekkia, fikk betydelig politisk oppmerksomhet. En rekke politikere uttalte seg offentlig og negativt om sakene generelt, men også om den konkrete saken, samt om dommerne som behandlet sakene. Fra politisk hold ble det fremholdt at det var feil av domstolene å gi medhold i slike tilbakeføringskrav.¹²² EMD sa seg enig med den tsjekkiske konstitusjonsdomstolen i at «the activities of certain politicians referred to by the applicant, be they verbal expressions to the media or other, aimed at creating a negative atmosphere around the legal actions of the applicant or constituting direct attempts to interfere in these proceedings, [were] unacceptable in a system based on the rule of law.»¹²³

Til forskjell fra sakene ovenfor, som gjaldt innblanding i helt konkrete saker, vises det her også til det problematiske i politisk innblanding i bestemte sakstyper. EMD la også vekt på at det tsjekkiske justisdepartementet hadde fulgt domstolene spesielt tett i behandlingen av disse sakene. Til dette fremholdt EMD følgende:¹²⁴

«It considers that these activities undoubtedly alerted the judges that their steps in the applicant's proceedings were being closely monitored. This is particularly worrying when considered in connection with some of the statements by politicians about the responsibilities of judges and their mental processes, and their assertions that they

¹²⁰ *Agrokompleks v. Ukraina* (23465/03), avsnitt 130 og 138.

¹²¹ *Ibid.*, avsnitt 135.

¹²² En politiker som fulgte saken, kom med offentlige uttalelser som koblet klageren til nazistene, og fremholdt at han ville gjøre alt i sin makt for å hindre at klageren og andre med tilsvarende saker skulle få medhold i sine krav.

¹²³ *Kinsky v. Tsjekkia* (42856/06), avsnitt 95.

¹²⁴ *Ibid.*, avsnitt 98.

¹²⁵ *Agrokompleks v. Ukraina* (23465/03), avsnitt 135.

¹²⁶ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 13.

¹²⁷ *Ibid*, avsnitt 14.

¹²⁸ *Ibid*, avsnitt 15.

¹²⁹ *Ibid*, avsnitt 18.

¹³⁰ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation No. R(94)12, on the independence, efficiency and role of judges*, prinsipp 1 punkt 2, bokstav d.

would do anything within their power to prevent the success of the applicant in the proceedings.»

Samlet sett mente EMD at de offentlige uttalelsene i kombinasjon med at justisdepartementet fulgte sakene svært tett, førte til at klagerens bekymring for dommernes upartiskhet var berettiget. I *Agrokompleks v. Ukraina* fremgår det at politiske myndigheters «passive monitoring» av saker i utgangspunktet er akseptabelt. I *Kinsky v. Tsjekkia* følger det som en presisering av dette at mer intensiv overvåkning, i kombinasjon med andre faktorer, typisk politiske uttalelser, kan komme i et problematisk forhold til uavhengighetskravet. Et viktig element, som kanskje kommer klarest til uttrykk i *Agrokompleks v. Ukraina*, er også at staten har plikt til å sikre mot at domstolene utsettes for slik påvirkning.¹²⁵

5.3 Anbefalinger

At domstolene ikke skal utsettes for illegitim direkte påvirkning i sin dømmende virksomhet er selvsagt og gjennomgående i samtlige internasjonale anbefalinger. Innholdsmessig er det imidlertid på mer avgrensede punkter at anbefalingene tilfører noe mer enn det som allerede følger av EMDs praksis.

Den gjeldende anbefalingen fra Europarådets ministerkomité går ikke i særlig detalj når det gjelder spørsmålet om hva som utgjør illegitim direkte påvirkning. Den gir imidlertid en del føringer som tar sikte på å hindre at slik påvirkning skjer. For det første oppfordres statene til å gjennomføre alle nødvendige tiltak for å «respect, protect and promote» dommers uavhengighet og upartiskhet.¹²⁶ Videre anbefales innføring av sanksjoner for handlinger som innebærer utilbørlig påvirkning av domstolene i deres dømmende virksomhet.¹²⁷ Det anbefales også at dommere ikke skal måtte begrunne eller forsvare avgjørelser i tillegg til domsgrunnene.¹²⁸ Dette reflekterer tilnærmingen i *Kinsky v. Tsjekkia* som omtalt ovenfor, hvor dommerne ikke ga ytterligere begrunnelser, men hvor justisdepartementet overvåket sakene tett, noe som etter omstendighetene kan ha en uheldig effekt på den uavhengige utøvelsen av dommergjerningen. Det fremgår videre at de øvrige statsmaktene bør utvise varsomhet i omtalen av rettsavgjørelser ved å «avoid criticism that would undermine the independence of or public confidence in the judiciary.» De øvrige statsmaktene bør også avstå fra å opptre på en måte som kan skape tvil om villigheten til å innrette seg etter rettens avgjørelser.¹²⁹

Den gjeldende anbefalingen fra Europarådets ministerkomité erstatter en tidligere anbefaling fra 1994, hvor direkte påvirkning var mer generelt beskrevet slik:¹³⁰

«In the decision-making process, judges should be independent and be able to act without any restriction, improper influence, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason. [...]»

Dette følger de samme linjene som i EMDs praksis ovenfor, og samsvarer med den nåværende anbefalingen. Her følger det at dommere bør være fri fra enhver begrensning, utilbørlig påvirkning, tilskyndelse, press, trusler eller inngrep fra noe hold og uansett grunn. Anbefalingen favner nok noe videre enn det som kan utledes fra EMDs praksis, særlig i og med formuleringene «any», og «from any quarter or for any reason». I dette ligger det nok

derfor en viss buffer mot påvirkning som kan komme i strid med det rettslig bindende uavhengighetskravet. Ifølge CCJE bør imidlertid dette ses i en litt større sammenheng:¹³¹

«The difficulty lies rather in deciding what constitutes undue influence, and in striking an appropriate balance between for example the need to protect the judicial process against distortion and pressure, whether from political, press or other sources, and the interests of open discussion of matters of public interest in public life and in a free press. Judges must accept that they are public figures and must not be too susceptible or of too fragile a constitution.»

¹³¹ CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 63.

Domstolene har en viktig funksjon i samfunnet og deres virksomhet er av offentlig interesse, også i den politiske debatten. Vernet mot påvirkning av den dømmende virksomheten må derfor i enkelte tilfeller avveies mot ytringsfriheten. I anbefalingen ligger det nok først og fremst at grenseoppgangen bør være veloverveid. Avveiningen bør bygge på et grunnpremiss om at dommere må ha en viss tålegrense for offentlig omtale. Anbefalingen lempet neppe på standarden for hva som skal anses som illegitim eller utilbørlig påvirkning, men adresserer behovet for å klarlegge rammene for hva som er legitim offentlig omtale og hva som er illegitim påvirkning. Siden politisk press og press fra mediene og andre drøftes under ett, løser ikke anbefalingen spørsmålet om hvor grensen for problematisk press fra de ulike kildene går. Det er likevel ganske opplagt at domstolene ikke har samme beskyttelsesbehov mot pressen som mot politiske myndigheter, og at eventuelle foranstaltninger må tilpasses deretter.

5.4 Oppsummering

Det følger av de konstitusjonelle og bindende internasjonale forpliktelsene at de øvrige statsmaktene ikke kan instruere eller forsøke å instruere domstolene i enkeltsaker. Likeledes må de øvrige statsmaktene respektere domstolenes avgjørelser. De øvrige statsmaktens uttalelser om enkeltsaker i domstolene kan komme i et problematisk forhold til uavhengighetskravet, særlig dersom ytringene gir klare føringer for hva utfallet i saken eller sakstypen bør være. Tilsvarende kan uttalelser som devaluerer domstolen eller dommere i tilknytning til en enkelt sak være uforenlig med uavhengighetskravet. Staten har videre en plikt til å respektere domstolenes avgjørelser og sikre at domstolene ikke utsettes for utilbørlig direkte påvirkning.

En gjennomgående anbefaling er at det bør fastsettes sanksjoner for utilbørlig påvirkning av domstolene. Videre bør ikke dommere måtte begrunne sine avgjørelser ut over domsgrunnene. Staten bør videre utvise varsomhet i omtalen av rettsavgjørelser, og unngå omtale som kan bidra til undergraving av domstolenes legitimitet. Den nærmere fastsettelsen av hva som skal anses som utilbørlig påvirkning, bør bero på en bredere vurdering hvor domstolenes behov for vern mot direkte påvirkning ses i sammenheng med ytringsfriheten på den ene siden og behovet for legitim offentlig debatt om domstolene og saker som behandles i domstolene, på den andre.

6. Intern uavhengighet i domstolen

¹³² Domstoloven §§ 13 og 21 første ledd.

¹³³ Heyerdahl, «Domstolleders myndighet og dommers uavhengighet», Lov og Rett 07/2017, s. 378.

¹³⁴ Ibid s. 380–381.

¹³⁵ Domstoloven §§ 8 og 9.

¹³⁶ Parlov-Tkalcic v. Kroatia (24810/06), avsnitt 86.

¹³⁷ Se også Agrokompleks v. Ukraina (23465/03), avsnitt 137.

6.1 Innledning

Til forskjell fra domstolen, som er en aktør i det konstitusjonelle systemet og som må være uavhengig av de øvrige konstituerte statsmaktene, er dommere også aktører i domstolsystemet. Det fordrer at dommere ikke bare er uavhengige av de øvrige statsmaktene, men også at de er uavhengige internt i domstolene.

Det er et visst styringshierarki internt i norske domstoler. Tingrettene og lagmannsrettene har domstolledere med administrativt ansvar for domstolen.¹³² Dette omfatter blant annet enkelte sider ved dommers arbeidsforhold: fastsettelse av retningslinjer for arbeidstid, fravær, avspasering og ferieavvikling. Det vil også omfatte praktiske sider ved virksomheten, som varigheten av rettsdagen, samt retningslinjer for bruk av administrative og digitale verktøy.¹³³ Det er også antatt at domstollederen kan fastsette retningslinjer for saksbehandlingen og saksforberedelsen.¹³⁴ Større tingretter og lagmannsretter kan også ha avdelingsledere som tildeles administrativ kompetanse fra domstollederen.

For Høyesterett er de administrative oppgavene i domstolen fordelt mellom domstollederen og direktøren.¹³⁵

I denne delen redegjøres det for generelle krav og anbefalinger som gjelder den enkelte dommers interne uavhengighet, og for krav og anbefalinger knyttet til saksfordelingen i domstolen.

6.2 Generelt om dommers interne uavhengighet

6.2.1 RETTSLIGE RAMMER

EMD har formulert kravet til dommers interne uavhengighet slik:¹³⁶

«However, judicial independence demands that individual judges be free not only from undue influences outside the judiciary, but also from within. This internal judicial independence requires that they be free from directives or pressures from the fellow judges or those who have administrative responsibilities in the court such as the president of the court or the president of a division in the court [...].»

Dommere skal altså i sin dømmende virksomhet være fri for påvirkning fra andre dommere og overordnet administrativ ledelse.¹³⁷ Et klart eksempel på det motsatte var saksforholdet i

Agrokompleks v. Ukraina, hvor domstollederen instruerte to dommere til å revurdere en avgjørelse som var truffet. Det var ikke i samsvar med kravet til intern uavhengighet.¹³⁸

EMD har lagt til grunn at fravær av mekanismer som ivaretar at den enkelte dommer er uavhengig internt i domstolssystemet, og særlig overfor sine eventuelle overordnede, kan føre til legitim tvil om hvorvidt kravene til objektiv uavhengighet og upartiskhet er ivaretatt.¹³⁹

Parlov-Tkalcic v. Kroatia gjaldt spørsmål om uavhengighet og upartiskhet i en sivil sak om samme saksforhold som domstollederen tidligere hadde politianmeldt en av partene for. Spørsmålet var om dommeren som behandlet saken i domstolen, var uavhengig, ettersom domstollederen i privat egenskap tidligere hadde hatt befatning med saken. EMD kom til at kravene til uavhengighet og upartiskhet var ivaretatt. Det ble særlig vist til at domstollederens oppgaver gjaldt administrative forhold og var strengt avgrenset mot den dømmende virksomheten. Det ble videre vist til at domstollederen også hadde ansvar for å fordele saker, men at systemet var regelstyrt og ivaretok at sakstildelingen ikke kunne skje med sikte på å påvirke utfallet av en sak.¹⁴⁰

I tillegg til det formelle rammeverket vurderte EMD også om det hierarkiske forholdet mellom domstollederen og dommeren faktisk var egnet til å påvirke dommerens uavhengighet. EMD beskrev vurderingstemaet slik:¹⁴¹

«At a more general level the question is whether the powers conferred on the court presidents under the Croatian law were capable of generating latent pressures resulting in judges' subservience to their judicial superiors or, at least, making individual judges reluctant to contradict their president's wishes, that is to say, of having "chilling" effects on the internal independence of judges. In answering that question it has to be borne in mind that any supervision of the work of judges involves a certain risk to their internal independence and that it is impossible to devise a system that would completely eliminate that risk.»

I dette ligger det at det også ses hen til faktiske og mer indirekte interne forhold som kan medføre innflytelse på dommerens avgjørelse i den enkelte sak. Risikoen for at det oppstår slike situasjoner kan neppe elimineres helt. I den nærmere vurderingen viser EMD til at domstollederen hadde en viss rolle når det gjaldt dommernes karriereutvikling og disiplinærreaksjoner. Domstollederen hadde imidlertid ikke avgjørelseskompetanse i slike spørsmål, og den rådgivende funksjonen domstollederen hadde, ble utøvd i kollegium.¹⁴² Følgelig forelå det heller ikke mer indirekte påvirkningskanaler som kunne medføre at dommeren ikke ble ansett som uavhengig eller upartisk.

Kravet til objektiv uavhengighet og upartiskhet handler om at dommere ikke bare rent faktisk skal være uavhengige, men at de også skal fremstå som uavhengige.¹⁴³ Det forutsetter at det foreligger et rammeverk som ivaretar dommerens uavhengighet internt i domstolen, overfor domstollederen og andre dommere. Rammeverket bør ivareta de formelle sidene ved uavhengigheten, herunder avklare rollen til domstolledere og positivt beskytte den enkelte dommers uavhengighet. I tillegg bør det ses hen til at den interne innretningen

¹³⁸ Ibid, avsnitt 138–139.

¹³⁹ *Parlov-Tkalcic v. Kroatia* (24810/06), avsnitt 86 og *Agrokompleks v. Ukraina* (23465/03), avsnitt 137.

¹⁴⁰ *Parlov-Tkalcic v. Kroatia* (24810/06), avsnitt 88–89.

¹⁴¹ Ibid, avsnitt 91.

¹⁴² Ibid, avsnitt 91–94.

¹⁴³ Se utredningen punkt 4.5.

¹⁴⁴ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 23 og forklarende rapport avsnitt 30–31.

¹⁴⁵ CCJE, *Opinion no. 19 (2016) The role of court presidents*, avsnitt 13 og CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 66.

¹⁴⁶ Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 79.

ikke legger opp til mer indirekte påvirkningsmuligheter som kan skape en *chilling effect* for den enkelte dommers uavhengige utøvelse av dommergjerningen.

6.2.2 ANBEFALINGER

Det er en rekke anbefalinger om hvordan dommers interne uavhengighet bør sikres. Anbefalingene følger i stor grad linjene i EMDs praksis, men presiserer i noen grad hvilken intern uavhengighet dommere bør ha. Den videre fremstillingen av anbefalingene konsentrerer seg om de aspektene som supplerer det som allerede følger av EMDs praksis.

Anbefalingene fra Europarådets ministerkomité er i hovedsak en kodifisering av EMDs praksis. I anbefalingene er det særlig presisert hvem dommere skal være internt uavhengig av. I tillegg til domstolledere og andre dommere vises det også til interne myndigheter i domstolssystemet. Det presiseres også at overordnede domstoler ikke skal kunne instruere dommere i underliggende instanser, foruten gjennom prosessledende avgjørelser eller ved overprøving av underinstansens avgjørelser etter bruk av rettsmidler.¹⁴⁴ Samlet sett ligger det i dette at dommeren skal være internt uavhengig av samtlige aktører i domstolssystemet, hvilket får betydning for hvordan et system for sikring av dommers interne uavhengighet bør innrettes.

CCJE fremholder som utgangspunkt at det er avgjørende at dommers enkeltavgjørelser ikke beror på instruks eller føringer internt i domstolssystemet.¹⁴⁵ Et mer sosialt moment, at den enkelte dommer bør være fri fra påvirkning som kan oppstå som følge av andre dommers syn eller holdninger, fremheves også. I konsekvens handler nok dette om at den enkelte dommer bør ha en bevisst holdning til hva vedkommende blir påvirket av, og at det internt i domstolene og domstolssystemet bør treffes tiltak for å påse at det ikke oppstår sosial dynamikk i dommerkollegier som påvirker den enkelte dommer i enkeltsaker.

De internasjonale anbefalingene legger opp til en noe mer helhetlig tilnærming til ivaretagelsen av dommers interne uavhengighet, som ikke bare omfatter forholdene i den enkelte domstol og den mer institusjonelle påvirkningsrisikoen der. De synes å legge opp til at ivaretagelsen av dommers interne uavhengighet bør ses i sammenheng med domstolssystemet mer generelt, herunder overordnede administrative organer, og at det i tillegg til institusjonell påvirkningsrisiko også bør ses hen til mer sosialt betinget påvirkning.

6.3 Særlig om saksfordelingen innad i domstolen

6.3.1 INNLEDNING

Den interne saksfordelingen i domstolen er et praktisk viktig tema for den enkelte dommers uavhengighet innad i domstolen. Det har opphav i at en del rettssystemer overlater til domstollederen på mer eller mindre fritt grunnlag å fordele saker mellom de øvrige dommerne.

Avhengig av hvilken grad av skjønn saksfordelingen beror på og hvordan den ellers er innrettet, kan kompetansen til å fordele saker misbrukes på måter som kan få betydning for uavhengigheten. Gjennom å tildele for mange saker eller bare «små» saker kan saksfordelingen brukes som et pressmiddel overfor enkelte dommere. Tilsvarende kan det ha betydning for uavhengigheten dersom saker med stor politisk eller økonomisk betydning konsekvent tildeles bestemte dommere. I ytterste konsekvens kan fordelingen fungere som et virkemiddel for å påvirke enkeltavgjørelser.¹⁴⁶

I Norge er det domstollederen i tingretten og lagmannsretten som fordeler saker mellom dommerne i domstolen.¹⁴⁷ Det er ikke gitt nærmere bestemmelser om hvordan sakene skal fordeles, men det er alminnelig antatt at det gjelder et «tilfeldighetsprinsipp».¹⁴⁸ Hva som ligger i dette, er likevel uklart. Det er heller ikke klart i hvilke tilfeller tilfeldighetsprinsippet kan fravikes. For Høyesterett er det gitt nærmere bestemmelser om saksfordeling i Høyesteretts forretningsorden for ankeutvalget. Det skal være tilnærmet lik deltakelse i ankeutvalget, og sakene skal fordeles tilfeldig mellom dommerne i utvalget.¹⁴⁹

6.3.2 RETTSLIGE RAMMER

Statene har i utgangspunktet vid skjønnsmargin når det gjelder fordeling og omfordeling av saker. I *Bochan v. Ukraina* uttalte domstolen at det i utgangspunktet faller innenfor skjønnsmarginen å fordele en sak til en spesifikk dommer eller domstol, og at tildeling kan skje ut fra en rekke hensyn, så som ressurser, kvalifikasjoner, tilgang på rettslokale, med videre. EMD fremhever at den praktiske begrensningen ligger i kravet om objektiv uavhengighet, altså om det er legitim grunn til å frykte at tildelingen medfører at dommeren ikke er uavhengig eller upartisk.¹⁵⁰

Den interne saksfordelingen i domstolen var et sentralt tema i *Moiseyev v. Russland*. Domstollederen kunne både fritt tildele saker når de kom inn, og fritt omfordele saker etter at de i utgangspunktet hadde blitt tildelt, noe som også skjedde i praksis. Domstollederen sto dermed fritt til å fordele den aktuelle saken til en bestemt dommer og deretter bytte ut dommeren på et senere tidspunkt. I vurderingen la EMD særlig vekt på at det ikke forelå prosessuelle mekanismer for å hindre at tildelingen skjedde på vilkårlig grunnlag, at partene hverken ble informert eller fikk anledning til å uttale seg, samt at beslutningen heller ikke kunne overprøves av en høyere rettsinstans. EMD fremholdt at fraværet av prosessuelle mekanismer for å hindre saksfordeling på usaklig grunnlag medførte at dommerne ble sårbare for påvirkning, noe som igjen medførte at det var legitim tvil om dommernes uavhengighet og upartiskhet. Med det kom EMD til at kravet til uavhengighet og upartiskhet ikke var oppfylt.¹⁵¹

Selv om staten i utgangspunktet har en vid skjønnsmargin ved fordelingen av saker mellom dommere, innebærer kravet til objektiv uavhengighet og upartiskhet at saksfordelingen må innrettes på en måte som hindrer vilkårlige tildelinger. Selv om det ikke kan karakteriseres som et krav, gir EMDs praksis føringer i retning av at det bør foreligge et transparent system som sikrer at saksfordeling og dommerbytter ikke kan påvirke den enkelte dommers uavhengighet og upartiskhet. Det bør bygge på klare kriterier og underlegges et prosessuelt system som bidrar til tillit utad.

6.3.3 ANBEFALINGER

Det er en rekke anbefalinger om saksfordeling og dommerbytter med utspring i europa-råds- og EU-systemet. Et grunnleggende fellestrekk er at saksfordeling og dommerbytter bør bygge på etablerte og objektive kriterier.¹⁵² Utenfor det europeiske systemet er imidlertid ikke dette like opplagt. I FNs Basic Principles fremgår det at saksfordeling er et internt administrativt anliggende for den enkelte stat.¹⁵³

¹⁴⁷ Domstoloven §§ 11 første ledd og 19 tredje ledd.

¹⁴⁸ Heyerdahl, «Domstolleders myndighet og dommernes uavhengighet», Lov og Rett 07/2017, s. 379. Etter domstoloven §§ 11 siste ledd og 19 siste ledd kan det gis forskrift om den nærmere saksfordelingen.

¹⁴⁹ Forretningsorden for Høyesteretts ankeutvalg §§ 4 og 5, tilgjengelig på <https://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/-norges-hoyesterett/om-hoyesterett/forretningsorden/Forretningsorden-for-Hoyesteretts-ankeutvalg/> (sist lastet 25. september 2018).

¹⁵⁰ *Bochan v. Ukraina* (7577/02), avsnitt 71. Se også *Moiseyev v. Russland* (62936/00), avsnitt 176 flg.

¹⁵¹ *Moiseyev v. Russland* (62936/00), avsnitt 181–185.

¹⁵² Se f.eks. Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 9 og avsnitt 24, C.C.J.E., *Opinion no. 19 (2016) The role of court presidents*, avsnitt 21 og Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 81. Saksfordeling etter forhåndsfastsatte og objektive kriterier fremgår også blant tiltakene i Europarådets handlingsplan, se *Council of Europe Plan of Action on Strengthening Judicial Independence and Impartiality*, forklarende rapport, Line of action 2.1.

¹⁵³ FN, *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, (1985), avsnitt 14.

¹⁵⁴ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, forklarende rapport avsnitt 32.

¹⁵⁵ *Ibid.*, avsnitt 16.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Veneziakommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 77 og 81.

¹⁵⁸ *Ibid.*, avsnitt 80.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, avsnitt 73.

¹⁶² ENCJ, *Independence, Accountability and Quality of the Judiciary – Performance Indicators 2017*, s. 29. Se også Heyerdahl, «Domstolleders myndighet og dommers uavhengighet», *Lov og Rett 07/2017*, s. 373–387, punkt 5.2.

Om den nærmere innretningen av saksfordelingen har Europarådets ministerkomité påpekt at det finnes en rekke alternative systemer som kan etableres på grunnlag av objektive kriterier og som bidrar til å sikre den enkelte dommers uavhengighet. Som eksempler vises det til saksfordeling etter alfabetisk rekkefølge, automatisk fordeling av saker mellom ulike avdelinger i domstolen, fordeling etter trekning eller at domstollederen fordeler saker. Det avgjørende er at den faktiske saksfordelingen ikke innebærer påvirkning av den dømmende virksomheten og at den ikke er «designed to benefit any of the parties». ¹⁵⁴ Det er verdt å merke seg at en del av systemene det vises til, legger opp til at saksfordelingen i svært liten grad beror på domstollederens skjønn eller vurderinger, selv om noen slike innslag neppe er helt unngåelige, for eksempel hvis sykdom eller kapasitetshensyn medfører at et tilfældighetsprinsipp ikke kan følges fullt ut.

Det fremgår videre at regler for dommerbytte kan inngå i det samme rammeverket som reglene for saksfordelingen. ¹⁵⁵ Den generelle retningslinjen er at dommerbytte bare kan skje i den utstrekning det ikke underminerer domstolens uavhengighet. ¹⁵⁶ Effektivitetshensyn kan være en gyldig begrunnelse, for eksempel hvor en dommer har restanser i saksporteføljen på grunn av sykdom eller hvor en dommer er tildelt en svært tidkrevende sak som gjør at vedkommende ikke har kapasitet til å håndtere andre tildelte saker. Beslutninger om omfordeling av saker bør treffes av kompetent myndighet, for eksempel domstolleder.

Veneziakommisjonen går relativt langt i å understreke viktigheten av saksfordelingsprosedyrer. Sett fra EMDs doktrine om at «justice must not only be done, but also be seen to be done», fremhever Kommisjonen at prosedyrene for saksfordeling ikke bør være ad hoc eller personavhengig (*ad personam*), men bør følge objektive og transparente kriterier «to the maximum extent possible». ¹⁵⁷ Kriteriene bør lovfestes eller fastsettes i regler som har grunnlag i lov. ¹⁵⁸ Kommisjonen viser til tilsvarende fordelingsystemer som i rekommandasjonen fra Europarådets ministerkomité, fordeling etter alfabetisk rekkefølge, med videre. Uten at det er kommentert særskilt, er det likevel ikke nevnt som et alternativ at domstollederen i utgangspunktet fordeler. ¹⁵⁹ Kommisjonen tar høyde for at et endyrket tilfældighetsprinsipp ikke kan fungere fullt ut i praksis. Arbeidsbyrden til den enkelte dommer, behov for spesiell fagkunnskap, at saken krever en erfaren dommer eller at nytnevnte dommere i en periode får sitte i dommerpanel med mer erfarne dommere, kan være legitime grunner for å fravike det ordinære saksfordelingssystemet. ¹⁶⁰ Vilkårene for å fravike ordinær saksfordeling bør imidlertid være fastsatt på forhånd og bør ideelt sett kunne påklages.

ENCJ har lagt til grunn tilsvarende anbefalinger om saksfordelingen i domstolene. ¹⁶¹ Etter ENCJs kriterier for uavhengighet skårer Norge lavt på indikatoren saksfordeling. ¹⁶²

6.4 Oppsummering

Kravet til objektiv uavhengighet og upartiskhet forutsetter at det foreligger et rammeverk som ivaretar dommerens uavhengighet internt i domstolen, overfor domstollederen og andre dommere. Rammeverket bør ivareta de formelle sidene ved uavhengigheten, herunder avklare rollen til domstolledere og positivt beskytte den enkelte dommers uavhengighet. I tillegg bør det ses hen til at den interne innretningen ikke legger opp til mer indirekte

påvirkningsmuligheter som kan skape en *chilling effect* for den enkelte dommers uavhengige utøvelse av dommergjerningen.

De internasjonale anbefalingene legger opp til en noe mer helhetlig tilnærming til ivaretagelsen av dommers interne uavhengighet, som ikke bare omfatter forholdene i den enkelte domstol og den mer institusjonelle påvirkningsrisikoen der. De synes å legge opp til at ivaretagelsen av dommers interne uavhengighet bør ses i sammenheng med domstolsystemet mer generelt, herunder overordnede administrative organer, og at det i tillegg til institusjonell påvirkningsrisiko også bør ses hen til mer sosialt betinget påvirkning.

Etter de bindende rettslige normene har staten i utgangspunktet en vid skjønnsmargin ved fordelingen av saker mellom dommere. Kravet til objektiv uavhengighet og upartiskhet innebærer likevel at saksfordelingen må innrettes på en måte som hindrer vilkårlig tildeling. Selv om det ikke kan karakteriseres som et krav, gir EMDs praksis føringer i retning av at det bør foreligge et transparent system som sikrer at saksfordeling og dommerbytter ikke kan påvirke den enkelte dommers uavhengighet og upartiskhet. Det bør bygge på klare kriterier og underlegges et prosessuelt system som bidrar til tillit utad. Herunder vil det bli tillagt vekt i positiv retning dersom saksfordeling og dommerbytte kan påklages.

De internasjonale anbefalingene om intern saksfordeling fastsetter ikke at saksfordelingen må skje på en bestemt måte eller etter en bestemt metode. Likevel bør saksfordelingen i utgangspunktet være tilfeldig, noe som kan ivaretas på flere måter. Anbefalingene og praksis fra EMD er samstemte om at saksfordeling og omfordeling av saker i utgangspunktet bør skje etter forhåndsbestemte og objektive kriterier, og etter en betryggende og transparent prosess. Dette skaper sterke føringer i retning av at saksfordelingen bør underlegges rettslig regulering, ideelt i lov, men i det minste i domstolens interne reglement. Unntak fra tilfeldig saksfordeling eller omfordeling av saker kan skje, men kun unntaksvis i spesielle tilfeller og i henhold til forhåndsbestemte og objektive kriterier og etter en transparent prosess.

7. Forvaltningen av domstolssystemet, herunder domstolsråd

¹⁶³ Engstad, «Dommernes uavhengighet i en utkant av Europa», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 273.

¹⁶⁴ Domstoloven § 33 annet og tredje ledd.

¹⁶⁵ *Ibid* § 33 første ledd og § 33a.

7.1 Innledning

Forvaltningen av domstolssystemet kan i praksis ha stor betydning for domstolene og den enkelte dommers uavhengighet. Med forvaltning av domstolssystemet menes beslutningssystemet for avgjørelser som gjelder domstolene og dommere, avgrenset mot den dømmende virksomheten.

Domstolene er uavhengige i sin dømmende virksomhet, men står ellers i et avhengighetsforhold til de øvrige statsmaktene. Hva avhengigheten består i varierer, men det kan typisk være i spørsmål om ressurtildeling og finansiering, utnevning av dommere, disiplinærreaksjoner mot dommere, fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår, infrastruktur, herunder lokaler, kontortjenester, med videre.¹⁶³ Dette er forhold som ikke angår den dømmende virksomheten direkte, men som likevel har betydning for domstolene og den enkelte dommer, og som kan ha en mer indirekte innflytelse på den dømmende virksomheten. Forvaltningen av domstolssystemet har derfor betydning for domstolenes uavhengighet. Hvis de øvrige statsmaktene har eksklusiv kompetanse til å forvalte domstolene, kan de utøve betydelig makt, som i ytterste konsekvens kan få betydning også for den dømmende virksomheten.

Dette kapittelet redegjør nærmere for rettslige rammer for, og internasjonale anbefalinger om, hvordan forvaltningen av domstolssystemet bør innrettes for å ivareta domstolenes uavhengighet. Sentrale temaer er hvilken rolle domstolene og dommere skal ha i slike beslutningsprosesser, hvordan beslutningskompetansen skal innrettes og om beslutningssystemet bør innbefatte uavhengige organer som står mellom domstolene og de øvrige statsmaktene, og eventuelt hvilken rolle slike organer bør ha.

I Norge er forvaltningen av domstolssystemet lagt til Domstoladministrasjonen (DA), Innstillingsrådet for dommere og Tilsynsutvalget for dommere. DA ivaretar den rene administrasjonen av domstolene og sorterer formelt under Justis- og beredskapsdepartementet, men kan kun i begrenset grad instrueres.¹⁶⁴ DA ledes av et styre bestående av ni medlemmer, hvorav tre skal være dommere, en jordskiftedommer, en representant for de øvrige ansatte i domstolene, to advokater og to skal være representanter for allmennheten.¹⁶⁵ De to sistnevnte utnevnes av Stortinget, mens de syv andre utnevnes av Kongen i statsråd.

Dommere utnevnes formelt av Kongen i statsråd, etter innstilling fra Innstillingsrådet for dommere.¹⁶⁶ Innstillingsrådets medlemmer består av tre dommere, en advokat, en jurist ansatt i det offentlige og to medlemmer som ikke er jurister, som alle utnevnes av Kongen i statsråd.¹⁶⁷ Tilsynsutvalget for dommere behandler klager og vurderer disiplinærtiltak mot dommere.¹⁶⁸ Tilsynsutvalget består av to dommere, en advokat og to medlemmer som representerer allmennheten, som alle utnevnes av Kongen i statsråd.¹⁶⁹ Både Tilsynsutvalget for dommere og Innstillingsrådet for dommere har sine sekretariater i DA.

Domstolenes budsjett fastsettes av Stortinget gjennom den ordinære budsjettprosessen. DA fremmer forslag for Justis- og beredskapsdepartementet, som gjennomgår og fremmer domstolenes budsjett som en del av justisbudsjettet.¹⁷⁰

7.2 Rettslige rammer

Det konstitusjonelle vernet av domstolenes uavhengighet har tradisjonelt rettet seg mot direkte påvirkning av dommernes dømmende funksjon. Den forvaltningsmessige siden av domstolenes virksomhet (som notarialbekreftelser, tidligere tinglysning med videre) har ikke vært omfattet.¹⁷¹ Det er også utgangspunktet i dag, men det har mindre praktisk betydning nå ettersom færre forvaltningsmessige oppgaver er lagt til domstolene.¹⁷² Grunnloven har heller ikke vært til hinder for at regjeringen kan gi bestemmelser om den ytre rammen for selve rettergangen, som for eksempel når og hvor rettsmøter skal holdes, om dommenes bruk av kapper eller hvordan rettslokalene skal være utstyrt med videre.¹⁷³

I vurderingen av om en domstol er uavhengig og upartisk foretar EMD en bred helhetsvurdering, hvor hensynet til at domstolene *reelt* er adskilt fra de øvrige statsmaktene er sentralt.¹⁷⁴ Den nasjonale innretningen av strukturene rundt forvaltningen av domstolene vil derfor spille inn i EMDs helhetsvurdering, selv om det av EMDs praksis er vanskelig å utlede klare og absolutte krav til måten dette bør innrettes på. Statene har med andre ord en skjønnsmargin i den nærmere innretningen av strukturene for forvaltningen av domstolene.

I EMDs konkrete helhetsvurdering er det særlig momenter som prosedyrene for utnevning av dommere, utnevningens periode, lengde, mulighetene for å avsette dommere innenfor utnevningens periode, vernet mot press fra utsiden og om domstolen *fremstår som* uavhengig som er relevante.¹⁷⁵ Innretningen av det prosessuelle systemet rundt beslutninger som angår domstolene har derfor betydning for om beslutningene om blant annet utnevninger, disiplinærreaksjoner mv. er i samsvar med uavhengighetskravet. Dersom det omkringliggende prosessuelle systemet er sikret på en uavhengig måte, er dette et moment som vil slå positivt ut i den helhetsvurdering EMD foretar.

Det er for eksempel klart at EMK artikkel 6 ikke i seg selv er til hinder for at den utøvende makt utnevner dommere, så lenge det foreligger tilstrekkelige andre garantier som sikrer domstolenes uavhengighet i den dømmende funksjonen.¹⁷⁶ Samtidig er det klart at dersom kompetansen til å utnevne dommere legges til et uavhengig organ, er dette noe som vil kunne slå positivt ut i den helhetsvurdering EMD foretar, og bidra til å gjøre systemet mer robust mot krenkelser av EMK artikkel 6 nr. 1.

¹⁶⁶ Domstolloven § 55 første ledd jf. Grunnloven § 21 og domstolloven § 55a.

¹⁶⁷ Domstolloven § 55a første ledd annet og siste punktum.

¹⁶⁸ Ibid § 235.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid § 33c.

¹⁷¹ Castberg, *Norges statsforfatning II*, tredje utgave, Oslo 1964, s. 154. Etter vedtaket av Grunnloven § 95 må imidlertid det nærmere innholdet i grunnlovsbeskyttelsen også tolkes i lys av praksis knyttet til EMK art. 6 og SP art.14.

¹⁷² Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Universitetsforlaget, 2017, s. 255.

¹⁷³ Castberg, *Norges statsforfatning II*, tredje utgave, Oslo 1964, s. 154, og Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Universitetsforlaget, 2017, s. 255.

¹⁷⁴ Se for eksempel *Stafford v. Storbritannia* (46295/99), avsnitt 78.

¹⁷⁵ *Maktouf og Damjanovic v. Bosnia og Herzegovina* (2312/08 og 34179/08), avsnitt 49.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ *Oleksandr Volkov v. Ukraina* (21722/11).

¹⁷⁸ EMD vurderte at prosessen for domstolsrådet og parlamentet samlet utgjorde en dømmende funksjon. I vurderingen av om disiplinær-saken var avgjort av en uavhengig domstol, vurderte derfor EMD disse organene samlet.

¹⁷⁹ *Oleksandr Volkov v. Ukraina* (21722/11), avsnitt 112. I denne saken vektla EMD anbefalinger fra Venezia-kommisjonen om at et domstolsråd bør bestå av en stor dommerandel som bør være valgt av sine egne, som det redegjøres nærmere for under i punkt 7.3.3.5.

¹⁸⁰ *Oleksandr Volkov v. Ukraina* (21722/11), avsnitt 113.

¹⁸¹ Engstad, «Dommernes uavhengighet i en utkant av Europa», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 273–274.

Også den nærmere sammensetningen av beslutningsorganene kan ha betydning i enkelte sammenhenger, for eksempel ved disiplinærreaksjoner. Saken *Oleksandr Volkov v. Ukraina* er illustrerende.¹⁷⁷ En disiplinær sak mot en dommer ble først behandlet av det ukrainske domstolsrådet (HCJ), som etter en høring avgjorde de faktiske og rettslige spørsmålene. Saken ble så sendt videre til parlamentet med en innstilling om at dommeren skulle avskjediges. Parlamentet traff den formelle beslutningen om avskjed, og denne beslutningen kunne klages inn for the Higher Administrative Court.¹⁷⁸ EMD mente det var en rekke faktorer ved det ukrainske domstolsrådet som gjorde at disiplinærprosessen ikke var i samsvar med kravet til uavhengighet og upartiskhet. Blant annet så domstolen hen til strukturelle forhold som at dommere utgjorde en liten andel av medlemmene av domstolsrådet, og at de andre medlemmene av domstolsrådet i all hovedsak var utnevnt direkte av utøvende og lovgivende makt. Selv om dommerandelen i domstolsrådet senere ble økt, uttalte EMD at disse endringene likevel ikke var tilstrekkelige.¹⁷⁹

«[...] In any event, they are insufficient, as the bodies appointing the members of the HCJ remain the same, with only three judges being elected by their peers. Given the importance of reducing the influence of the political organs of the government on the composition of the HCJ and the necessity to ensure the requisite level of judicial independence, the manner in which judges are appointed to the disciplinary body is also relevant in terms of judicial self-governance.»

EMD la videre vekt på at kun en liten andel av medlemmene i domstolsrådet arbeidet fulltid, mens de øvrige medlemmene fortsatt hadde sine arbeids- og lønnsforhold utenfor domstolsrådet, noe som «endangers both their independence and impartiality».¹⁸⁰ Den manglende uavhengigheten ved domstolsrådet var ikke reparert ved den etterfølgende behandlingen i parlamentet, eller av ankebehandlingen i The Higher Administrative Court. EMD mente derfor at klagerens sak ikke var avgjort på en uavhengig og upartisk måte.

Det er vanskelig å utlede noen absolutte krav av EMDs praksis om sammensetningen av slike domstolsråd med ansvar for disiplinærprosesser, ettersom den konkrete vurderingen også vil avhenge av om avgjørelsene til disiplinærorganet kan overprøves av en domstol som fullt ut tilfredsstillende vilkårene i EMK artikkel 6 nr. 1. Likevel viser denne saken at dersom domstolsrådet, her med funksjon som et disiplinærorgan, består av en betydelig andel dommere som er valgt av sine egne, vil dette slå positivt ut i EMDs vurdering.

7.3 Internasjonale anbefalinger

7.3.1 INNLEDNING

I Europa finnes det en rekke modeller for forvaltning av domstolssystemet.¹⁸¹ Mange land har etablert domstolsråd, og andre har domstoladministrasjoner. Det er også ulikheter i hvilke funksjoner som er lagt til de forskjellige organene.

Mange av de internasjonale anbefalingene har tilrådninger om hva slags organ som bør stå for hele eller deler av forvaltningen av domstolssystemet, den nærmere regulering og sammensetning av dette, samt hvilke funksjoner og oppgaver dette organet bør ha. De fleste anbefaler at forvaltningen av domstolssystemet bør legges til et uavhengig domstolsråd.

I det følgende redegjøres det først for hvilken organisasjonsløsning for forvaltning av domstolssystemet de ulike organene anbefaler, og deretter gis det en nærmere redegjørelse for hva et domstolsråd er.

7.3.2 ORGANISASJONSLØSNING FOR FORVALTNING AV DOMSTOLENE

Ministerkomiteen har ingen eksplisitte anbefalinger knyttet til hvilken organisasjonsløsning for forvaltning av domstolssystemet som bør foretrekkes. Rekommandasjonen herfra inneholder et eget kapittel om domstolsråd.¹⁸² Kapitlet kommer imidlertid kun til anvendelse for stater hvor det allerede er etablert et domstolsråd.¹⁸³ Ministerkomiteen fremhever at i noen stater har det vært tradisjon for å sikre hver enkelt dommers uavhengighet i den dømmende funksjonen, samtidig som enkelte administrative oppgaver legges til utøvende myndighet.¹⁸⁴ Ministerkomiteen mener disse to systemene er like akseptable, og gir ingen føringer for at stater som ikke allerede har gjort det, bør opprette et domstolsråd.

I tillegg fremhever Ministerkomiteen at det er viktig at dommere er involvert i og har gode arbeidsrelasjoner til de institusjoner og offentlige myndigheter som er involvert i administrasjon av domstolene.¹⁸⁵ Administreringen av domstolene bør bidra til å forbedre effektiviteten og ivareta dommernes uavhengighet og upartiskhet.¹⁸⁶ Ministerkomiteen presiserer at uavhengigheten omfatter den dømmende virksomheten og administrering av rettsmøter, og at dette ikke er til hinder for at det for eksempel vedtas felles arbeidsmetoder for å sikre effektivitet.¹⁸⁷ Dommere bør i så fall involveres i dette arbeidet.

Veneziakommisjonen går noe lenger enn Ministerkomiteen og anbefaler at alle land som ikke allerede har et domstolsråd, bør vurdere å opprette dette, eller et liknende organ.¹⁸⁸ Veneziakommisjonen presiserer likevel at «[o]wing to the richness of legal culture in Europe, which is precious and should be safeguarded, there is no single model which applies to all countries.»¹⁸⁹

CCJEs anbefalinger er svært detaljerte. For å sikre dommers uavhengighet anbefaler CCJE at forvaltningen av domstolene bør ligge til et domstolsråd eller til et annet særskilt organ uavhengig av utøvende og lovgivende makt.¹⁹⁰ Det samme følger av ENCJs anbefalinger.¹⁹¹

Alle de europeiske anbefalingene omtaler med andre ord uavhengige domstolsråd som en mulig organisasjonsløsning for forvaltning av domstolene. Det er likevel noe varierende syn på om en slik organisasjonsløsning er den som best sikrer domstolenes uavhengighet.

I det følgende redegjøres det nærmere for hva de internasjonale anbefalingene sier om hva et domstolsråd er, hvilke oppgaver og funksjoner som bør ligge til rådet og hvordan det bør være sammensatt.

7.3.3 SÆRLIG OM DOMSTOLSRÅD

7.3.3.1 Hva er et domstolsråd?

CCJE bruker termen *domstolsråd* både om organer som formelt kalles domstolsråd, og andre liknende uavhengige organer.¹⁹² Basert på CCJEs terminologi beskriver Ministerkomiteen domstolsråd som et uavhengig organ, etablert ved lov eller i konstitusjonen, som

¹⁸² Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, kapittel IV.

¹⁸³ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, forklarende rapport avsnitt 34.

¹⁸⁴ *Ibid.*, avsnitt 35, hvor det fremgår at "some legal systems traditionally adhere to the alternative which consists of securing the independence of each individual judge in the decision-making process while entrusting executive bodies with certain administrative matters. As both approaches to judicial independence are equally acceptable, no part of the recommendation should be read as privileging one of these traditional models."

¹⁸⁵ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 12 og 41.

¹⁸⁶ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, forklarende rapport avsnitt 46.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Veneziakommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 32.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ CCJE, *Magna Carta of Judges (2010)*, punkt 13.

¹⁹¹ ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, punkt 7, hvor det blant annet fremgår at den beste måten å ivareta domstolenes uavhengighet på vil være å sikre muligheten for rettergang av høy kvalitet for alle, gjennom tidseffektive, upartiske og velbegrunnede avgjørelser. Det poengteres at disse kravene vanskelig vil oppnås uten et domstolsråd med objektivt fastlagte budsjetter, tilstrekkelige administrative fasiliteter og adekvate menneskelige ressurser.

¹⁹² CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 2.

¹⁹³ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 26, og forklarende rapport avsnitt 34.

¹⁹⁴ ENCJ, *Councils for the Judiciary Report 2010–2011*, punkt 1.2 note 3 definerer domstolsråd slik: "Councils for the Judiciary can be defined as "Councils for the Judiciary or one or more independent and autonomous bodies" which are independent and autonomous from the legislative and executive powers of the State and responsible for the independent administration and delivery of justice [...]." Se også CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 6.

¹⁹⁵ Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 28.

¹⁹⁶ Se også CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 4.

¹⁹⁷ ENCJ, *Councils for the Judiciary Report 2010–2011*, punkt 1.3.

¹⁹⁸ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 4.

¹⁹⁹ Engstad, «Dommernes uavhengighet i en utkant av Europa», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 273–274.

²⁰⁰ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, forklarende rapport avsnitt 34.

²⁰¹ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 40.

²⁰² *Ibid.*, avsnitt 8.

²⁰³ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 42, ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, punkt 10, Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 49 og Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 55.

har som formål å beskytte domstolenes uavhengighet generelt og dommernes uavhengighet spesielt, for på den måten å fremme et effektivt og velfungerende domstolssystem.¹⁹³ Det presiseres i andre anbefalinger at domstolsrådet skal være uavhengig av lovgivende og utøvende makt, og det kan være ett organ eller flere separate organer.¹⁹⁴

Veneziakommisjonen poengterer at:¹⁹⁵

«[...] there is no standard model that a democratic country is bound to follow in setting up its Supreme Judicial Council so long as the function of such a Council falls within the aim to ensure the proper functioning of an independent judiciary within a democratic state.»

Det finnes med andre ord ikke en enkelt modell for slike domstolsråd.¹⁹⁶ ENCJ fremhever at hvert domstolsråd har sitt opphav i utviklingen av rettssystemet i landet det fungerer i, som igjen har dype røtter i de historiske, kulturelle og sosiale forholdene i landet. Domstolsrådene har likevel noen felles erfaringer og utfordringer.¹⁹⁷ CCJE presiserer at målet med deres anbefaling er å identifisere kjerne-elementene knyttet til hovedformålet, sammenstillingen og funksjonen til domstolsrådet.¹⁹⁸

7.3.3.2 Hvilke oppgaver skal domstolsrådet ha ansvar for?

Det er som nevnt store ulikheter i Europa i hvordan forvaltningen av domstolssystemet innrettes. I det nordlige Europa har man etablert domstoladministrasjoner som tar seg av administrering av domstolene, men som vanligvis ikke har kompetanse ved utnevning av dommere. I andre land er det domstolsråd som tar hånd om oppgaver knyttet til rekruttering og utnevning av dommere, men som vanligvis ikke tar seg av administreringen av domstolene.¹⁹⁹ De internasjonale anbefalingene er ikke helt samstemte når det gjelder hvilke oppgaver som bør legges til et domstolsråd, men enkelte sentrale oppgaver er det enighet om.

Ministerkomiteen har få spesifikke anbefalinger om hvilke oppgaver som bør legges til domstolsrådet, ut over en beskrivelse av at ulike domstolsråd i Europa i større og mindre grad er involvert i forbindelse med utnevning, dommers karriere, opplæring av dommere, disiplinærreaksjoner og administrasjon av domstolene.²⁰⁰ Rekommandasjonen fra Ministerkomiteen inneholder imidlertid spredte punkter, for eksempel om budsjett, hvor det fremgår at et domstolsråd kan ha en rolle.²⁰¹ Ministerkomiteen peker også på at dommere som føler sin uavhengighet truet, bør kunne henvende seg til domstolsrådet.²⁰²

De øvrige anbefalingene er samstemte om flere oppgaver som på en eller annen måte bør ligge til et domstolsråd. Alle anbefaler at domstolsrådet bør ha en funksjon knyttet til utnevning og forfremmelse av dommere og disiplinærsaker, samt at det bør være involvert i fastsettelsen av domstolenes budsjett.²⁰³ Det er likevel enkelte nyanser mellom anbefalingene knyttet til om kompetansen bør ligge til domstolsrådet selv, eller om enkelte oppgaver kan utføres i samarbeid med andre organer. Venezia-kommisjonen anbefaler at domstolsrådet bør ha avgjørende innflytelse over utnevning og forfremmelse av dommere.²⁰⁴ Dette kan skje ved at domstolsrådet innstiller kandidater som formelt utnevnes av utøvende makt, men slik at utøvende makt ikke kan fravike innstillingen fra domstolsrådet. CCJE

anbefaler fortrinnsvis at domstolsrådet selv bør ha kompetanse til å treffe beslutninger om utnevnelser.²⁰⁵ Hvilken rolle de ulike anbefalingene mener domstolsrådet bør ha for disse områdene, omtales i henholdsvis punkt 8.4 (om finansiering og ressurser), punkt 9.2.2 (om utnevning av dommere) og punkt 12.2.3.2 (om ansvarliggjøring av dommere).

CCJE og ENCJ anbefaler også at domstolsrådet bør ha en rolle knyttet til kompetanse og opplæring av dommere.²⁰⁶ Dette omtales nærmere i punkt 14.2.

CCJE og ENCJ anbefaler videre at rent administrative funksjoner bør ligge i et domstolsråd og at rådet bør ha en rolle knyttet til evaluering av dommere.²⁰⁷ Venezia-kommisjonen, derimot, mener de rent administrative funksjonene ikke nødvendigvis trenger å ivaretas av et domstolsråd, og at disse funksjonene kan ivaretas av justisdepartementet.²⁰⁸

CCJE anbefaler at domstolsrådet også bør bidra til å fremme og beskytte domstolenes omdømme, og at det bør konsulteres forut for lovforslag eller andre forslag som kan ha innvirkning på domstolene.²⁰⁹ Med det brede mandatet CCJE legger opp til, fremheves det at det kan oppstå interessekonflikter mellom noen av oppgavene. Dette kan for eksempel unngås ved å dele inn domstolsrådet i flere avdelinger.²¹⁰

7.3.3.3 Rettslig regulering av domstolsrådet

De internasjonale anbefalingene inneholder nærmere tilrådninger om hvordan uavhengigheten til et domstolsråd kan sikres rettslig. Anbefalingene omhandler både hvilket rettslig nivå uavhengigheten bør sikres på, og det nærmere innholdet i den rettslige reguleringen.

Ministerkomiteen anbefaler at domstolsrådet bør reguleres enten i lov eller i konstitusjonen.²¹¹ Både Venezia-kommisjonen, CCJE og ENCJ anbefaler derimot at domstolsrådet rettslig bør reguleres i landets konstitusjon.²¹² CCJE fremhever at en slik særskilt regulering beskytter domstolsrådet bedre mot å få sin selvstendighet begrenset av den lovgivende og utøvende makt. Også ENCJ fremhever grunnlovsforankring som et viktig element for å sikre uavhengighet fra de øvrige statsmaktene, samt for å sikre effektiv «self-governance».²¹³

I spørsmålet om hvilke forhold som bør omfattes av den rettslige reguleringen, varierer anbefalingene noe. Felles for de fleste er at reguleringen bør omfatte sammensetningen av rådet og prosedyrene for utnevning av medlemmer til rådet.²¹⁴ Ministerkomiteen fremhever videre at det bør være krav til offentlighet og begrunnelse for beslutninger som tas av rådet for å sikre mot urettmessig påvirkning.²¹⁵ Domstolsrådets oppgaver og myndighet bør ifølge anbefalinger fra Venezia-kommisjonen og CCJE også fremgå av den rettslige reguleringen.²¹⁶

7.3.3.4 Sammensetning av domstolsrådet

Sammensetningen av domstolsrådet er viktig for å sikre uavhengighet. De internasjonale anbefalingene har noe ulik tilnærming til hvordan et domstolsråd bør være sammensatt, spesielt med tanke på andelen dommere i rådet.

²⁰⁴ Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 49.

²⁰⁵ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 48.

²⁰⁶ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 42 og ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, punkt 10.

²⁰⁷ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 42 og ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, punkt 10.

²⁰⁸ Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 26.

²⁰⁹ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, konklusjon D. g) og h).

²¹⁰ *Ibid*, avsnitt 43, hvor det fremgår at "[o]ne must be aware of and take into account the fact that there might be conflicts between different functions of the Council for the Judiciary, such as between appointing and training of judges, or between training and disciplinary matters, as well as between training and evaluation of judges. One way of avoiding such conflict is to separate the different tasks between various branches of the Council for the Judiciary".

²¹¹ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 26.

²¹² Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 48, CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 11 og konklusjon A. c) og ENCJ, *Councils for the Judiciary Report 2010–2011*, punkt 1.4

²¹³ ENCJ, *Councils for the Judiciary Report 2010–2011*, punkt 1.4.

²¹⁴ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, forklarende rapport avsnitt 36, Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 48 og CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 11.

²¹⁵ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, forklarende rapport avsnitt 36.

²¹⁶ Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 48 og CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 11.

²¹⁷ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 27, hvor det også fremgår at valget av dommere bør reflektere mangfoldet i domstolen. ("Not less than half of the members of such councils should be judges chosen by their peers from all levels of the judiciary and with respect for pluralism inside the judiciary.")

²¹⁸ ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, punkt 12.

²¹⁹ Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 27.

²²⁰ *Ibid.*, avsnitt 29 og 50.

²²¹ *Ibid.*, avsnitt 30.

²²² CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 16–17, og CCJE, *Magna Carta of Judges*, avsnitt 13.

²²³ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 16.

²²⁴ *Ibid.*, avsnitt 19.

²²⁵ *Ibid.*, avsnitt 18.

²²⁶ *Ibid.*, avsnitt 20.

²²⁷ *Ibid.*, avsnitt 21.

²²⁸ Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 29–30.

²²⁹ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 22.

²³⁰ *Ibid.*, avsnitt 45.

²³¹ Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 32.

²³² CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 23.

²³³ *Ibid.* Se også ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, punkt 12, hvor det fremgår at hverken justisminister eller politikere bør være medlemmer av domstolsrådet.

Ministerkomiteen anbefaler at minst halvparten av rådets medlemmer bør være dommere. Dommermedlemmene bør være fra alle domstolsnivåer og bør være valgt av landets dommere.²¹⁷ Den samme dommerandelen er anbefalt av ENCJ.²¹⁸

Venezia-kommisjonen fremhever at det bør være en balanse «between judicial independence and self-administration on the one side and the necessary accountability of the judiciary on the other side in order to avoid negative effects of corporatism within the judiciary».²¹⁹ Venezia-kommisjonen anbefaler derfor at «en betydelig andel» eller flertallet av medlemmene bør velges av domstolene selv.²²⁰ Kommisjonen fremhever at «an overwhelming supremacy of the judicial component may raise concerns related to the risks of corporatist management».²²¹ Det synes derfor sentralt for Venezia-kommisjonen at ingen enkelt gruppering skal kunne kontrollere domstolsrådet, og at «makten» over domstolene derfor bør spres på flere interessegrupper.

I motsetning til Ministerkomiteen, Venezia-kommisjonen og ENCJ, åpner CCJE for at domstolsrådet utelukkende kan bestå av dommere, valgt av sine egne.²²² Alternativt anbefaler CCJE en løsning med en blandet sammensetning.²²³ Disse to modellene sidestilles. Likevel påpeker CCJE at en blandet sammensetning kan ha fordeler med tanke på å unngå at domstolene fremstår som proteksjonistiske og ved at rådet kan få større legitimitet ved å få inn ulike samfunnsmessige synspunkter.²²⁴ I tilfeller hvor rådet har blandet sammensetning, mener CCJE at en betydelig overvekt av rådets medlemmer bør være dommere valgt av sine egne.²²⁵ Dette for å forhindre eventuell manipulasjon eller utilbørlig press. CCJE anbefaler også at enkelte av oppgavene i rådet i slike tilfeller bør forbeholdes dommermedlemmene.²²⁶

Når det gjelder hvilke *kvalifikasjoner* medlemmer av et domstolsråd bør ha, fremhever CCJE at alle medlemmene bør utnevnes «on the basis of their competence, experience, understanding of judicial life, capacity for discussion and culture of independence.»²²⁷ De medlemmene av domstolsrådet som ikke er dommere, bør ifølge Venezia-kommisjonen ha egnede juridiske kvalifikasjoner og komme fra andre deler av statsforvaltningen, akademien eller andre profesjoner.²²⁸ CCJE anbefaler at andre medlemmer enn dommermedlemmer bør være fremragende jurister, professorer eller vel ansatte borgere. Også personer med annen fagekspertise kan være aktuelle, som for eksempel økonomer, personer med kompetanse på ledelse, IT og samfunnskunnskap.²²⁹ Den nærmere sammensetningen av rådet må imidlertid avpasses etter hvilke oppgaver som legges til rådet.²³⁰

Domstolsrådene skal være uavhengige organer, og flere av de internasjonale anbefalingene inneholder derfor tilrådninger om i hvilken utstrekning medlemmene av domstolsrådet kan være politikere. Venezia-kommisjonen anbefaler at medlemmer av domstolsrådet ikke bør være aktive medlemmer i parlamentet.²³¹ CCJE går her lenger i sin anbefaling, og fremhever at medlemmer av domstolsrådet hverken bør være aktive politikere, medlemmer av parlamentet, representanter fra den utøvende makt eller fra forvaltningen.²³² Dette innebærer også at hverken statsoverhodet, dersom vedkommende er øverste leder av regjeringen, eller statsråder kan være representert i domstolsrådet.²³³ Venezia-kommisjonen er ikke like kategorisk. Kommisjonen fremhever at selv om representasjon av utøvende makt i domstolsrådet vil kunne innvirke på tilliten til rådet, er en slik praksis ganske vanlig.

Kommisjonen fastslår videre at «[s]uch presence does not seem, in itself, to impair the independence of the council, according to the opinion of the Venice Commission».²³⁴ Likevel bør ikke justisministeren delta ved alle domstolsrådets beslutninger, for eksempel beslutninger knyttet til disiplinærreaksjoner og til forflytning av dommere.²³⁵

7.3.3.5 Prosedyrer for utnevnelse av medlemmer til domstolsrådet

De nærmere prosedyrene for utnevnelse av medlemmer til domstolsrådet vil også kunne ha betydning for i hvor stor grad domstolsrådet anses som uavhengig fra utøvende og lovgivende makt.

De internasjonale anbefalingene peker gjennomgående på at *dommermedlemmene av rådet* bør velges av dommerne selv.²³⁶ CCJE har detaljerte anbefalinger om prosedyrene for utnevnelse av rådets dommermedlemmer.²³⁷ Det fremgår her at prosedyrene bør sikre bredest mulig representasjon av domstolene på alle nivåer.²³⁸ Videre bør dommerforeninger få anledning til å foreslå kandidater, og den samme muligheten bør være åpen for dommere som ikke er organisert.²³⁹ CCJE synes å helle mot et system hvor dommermedlemmene utnevnes etter direkte valg blant landets dommere, men andre systemer for utnevnelse som sikrer en bred representasjon av domstolene på alle nivåer, er også akseptert.²⁴⁰ CCJE fremhever at hvis utvelgelsen skjer ved direkte valg, bør det etableres regler som minimerer risikoen for at det offentlige tillit til domstolssystemet settes på spill.²⁴¹

Anbefalingene varierer i synet på hvordan *de øvrige medlemmene* av domstolsrådet bør utnevnes. Venezia-kommisjonen fremhever at for å sikre demokratisk legitimitet bør de øvrige medlemmene velges av parlamentet.²⁴² For å motvirke politisering av utnevnelser, bør de medlemmer som utnevnes av parlamentet, velges ved kvalifisert flertall.²⁴³ Formålet er å hindre at det politiske flertallet fyller ledige stillinger i domstolsrådet med sine egne, og å sikre at utnevnelsene også har støtte i opposisjonen.²⁴⁴ Samtidig fremhever Venezia-kommisjonen viktigheten av såkalte *anti-deadlock-mekanismer*, for å forhindre at disse utnevnelsene blir blokkert i tilfeller hvor det er vanskelig å oppnå kvalifisert flertall.²⁴⁵

CCJE, derimot, anbefaler i utgangspunktet at utøvende makt eller andre politiske organer ikke bør ha en rolle ved utnevnelsen av de øvrige medlemmene til domstolsrådet.²⁴⁶ For det tilfellet at de øvrige medlemmene av rådet velges av parlamentet, anbefaler CCJE, som Venezia-kommisjonen, at utnevnelsene bør ha kvalifisert flertallsoppslutning. Disse medlemmene bør også reflektere mangfoldet i samfunnet på en god måte.²⁴⁷

Også ENCJ åpner for at parlamentet kan utnevne de øvrige medlemmene av domstolsrådet på de samme vilkår som Venezia-kommisjonen oppstiller.²⁴⁸ Dette nettverket fremhever imidlertid også at sivilsamfunnet bør involveres på alle stadier i utvelgelsen av medlemmer som ikke er dommere, og bør ha mulighet til å foreslå kandidater.²⁴⁹

Enkelte av anbefalingene har også tilrådninger om prosedyrene for utnevnelse av *lederen* av domstolsrådet. Venezia-kommisjonen og CCJE fremhever at det er viktig å sikre at lederen er uavhengig og ikke har nærhet til partipolitikk.²⁵⁰ De skiller derfor mellom stater hvor statsoverhodet kun har mer formell makt, i motsetning til stater hvor det er et «(semi) presidential system». I førstnevnte tilfelle mener både Venezia-kommisjonen og CCJE at det ikke

²³⁴ Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 33.

²³⁵ *Ibid.*, avsnitt 33–34.

²³⁶ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 27, Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 29, CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 17–18, og ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, punkt 12.

²³⁷ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 25 flg.

²³⁸ *Ibid.*, avsnitt 27.

²³⁹ *Ibid.*, avsnitt 28.

²⁴⁰ *Ibid.*, avsnitt 30.

²⁴¹ *Ibid.*, konklusjon B. c).

²⁴² Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 29 og 50.

²⁴³ *Ibid.*, avsnitt 32.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Se for eksempel Venezia-kommisjonen, *Montenegro, Opinion on the draft law on amendments to the law on the Judicial Council and Judges (2018)*, CDL-AD(2018)015. Venezia-kommisjonen beskriver her *anti-deadlock-mekanismer* slik: "However, there is a risk that the requirement to reach a qualified majority may lead to a stalemate, which, if not addressed adequately and in time, may lead to a paralysis of the relevant institutions. An anti-deadlock mechanism aims to avoid such stalemate. However, the primary function of the anti-deadlock mechanism is precisely that of making the original procedure work, by pushing both the majority and the minority to find a compromise in order to avoid the anti-deadlock mechanism. Indeed, qualified majorities strengthen the position of the parliamentary minority, while anti-deadlock mechanisms correct the balance back." Det finnes ikke en enkelt modell for slike *anti-deadlock-mekanismer*. En modell som Venezia-kommisjonen støtter, er for eksempel muligheten til å forlenge mandatet til de medlemmene av domstolsrådet som er valgt av parlamentet dersom utnevnelsen av nye medlemmer blir forhindret som følge av vansker med å oppnå kvalifisert flertall.

²⁴⁶ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 32.

²⁴⁷ *Ibid*, avsnitt 32 og konklusjon B. d).

²⁴⁸ ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, punkt 13.

²⁴⁹ *Ibid*.

²⁵⁰ Veneziakommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 35 og CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 33.

²⁵¹ Veneziakommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 35. Se også Veneziakommisjonen, *Serbia, Opinion on the draft amendments to the constitutional provisions on the judiciary (2018)*, avsnitt 66, hvor det fremgår at denne anbefalingen primært er myntet på situasjoner hvor dommere utgjør flertallet av domstolsrådet, «and is not applicable if it increases the risk of domination of the HJC by the current majority in parliament.»

²⁵² CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 33.

²⁵³ ENCJ, *Councils for the Judiciary Report 2010–2011*, punkt 4.1.

²⁵⁴ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 34–40.

²⁵⁵ *Ibid*, avsnitt 34.

²⁵⁶ *Ibid*, avsnitt 37.

²⁵⁷ *Ibid*, avsnitt 38.

²⁵⁸ *Ibid*, avsnitt 39.

er noe i veien for at statsoverhodet også er leder av domstolsrådet, mens i sistnevnte tilfelle bør leder av domstolsrådet velges av rådet selv. I tilfeller hvor lederen av domstolsrådet velges av rådet selv, har Veneziakommisjonen og CCJE noe ulikt syn på om lederen bør være dommer eller ikke. Veneziakommisjonen anbefaler at lederen av rådet i slike tilfeller bør velges blant medlemmene som ikke er dommere, og uttaler i denne forbindelse at «[s]uch a solution could bring about a balance between the necessary independence of the chair and the need to avoid possible corporatist tendencies within the council». ²⁵¹ CCJE mener imidlertid at lederen av rådet i slike tilfeller bør være dommer. ²⁵² ENCJ anbefaler også at lederen av domstolsrådet bør være en dommer, for eksempel domstolsleder i landets høyesterett. ²⁵³

7.3.3.6 Organisatoriske forhold knyttet til domstolsråd

CCJE har også detaljerte anbefalinger om de mer organisatoriske forholdene knyttet til domstolsråd, og prosessen ved de beslutninger rådet treffer. ²⁵⁴

CCJE anbefaler at antall medlemmer i domstolsrådet bør reflektere størrelsen på landets domstolssystem og de oppgaver som er lagt til rådet. ²⁵⁵ Selv om det er opp til hver enkelt stat å vurdere om medlemmene av domstolsrådet skal arbeide fulltid eller deltid i rådet, mener CCJE at rådets effektivitet og uavhengighet sikres best dersom medlemmene arbeider fulltid. Videre bør medlemmenes uavhengighet sikres, og de bør lønnes i samsvar med sin stilling i rådet og arbeidsmengden.

Domstolsrådet bør også finansieres slik at det kan operere uavhengig og selvstendig, og det bør ha ressurser til å forhandle og organisere sitt eget budsjett. ²⁵⁶ CCJE mener videre at domstolsrådet bør ha egne lokaler, et sekretariat og frihet til å organisere seg som det vil, «without being answerable for its activities to any political or other authority». ²⁵⁷ Domstolsrådet bør videre ha ansatte etter sitt behov, og hvert medlem bør ha medarbeidere etter behov og ansvarsområde.

CCJE fremhever videre at enkelte av domstolsrådets beslutninger bør være begrunnet og være bindende, men med mulighet for rettslig overprøving. ²⁵⁸ Dette gjelder særlig i tilfeller hvor rådet fatter beslutninger i forbindelse med utnevning, forflytning og forfremmelse av dommere, samt i disiplinærsaker og saker om avskjed. Selv om domstolsrådet er uavhengig, betyr ikke dette at det ikke skal være underlagt rettslige kontrollmekanismer.

7.4 Oppsummering

De konstitusjonelle og bindende internasjonale kildene gir få konkrete føringer for organisering og forvaltning av domstolssystemet. Statene har derfor en skjønnsmargin i måten de innretter strukturene rundt forvaltningen av domstolene på. Hensynet til maktfordeling, som sikrer at domstolene *reelt* er adskilt fra de øvrige statsmaktene, er likevel sentralt i EMDs helhetsvurdering av om en domstol eller dommer tilfredsstiller kravene til uavhengighet i EMK artikkel 6 nr. 1. Dersom de omkringliggende strukturene rundt for eksempel utnevning av dommere, disiplinærsaker med videre er innrettet på en måte som sikrer reell uavhengighet fra den utøvende og lovgivende makt, vil det være et positivt moment i den helhetsvurdering EMD foretar. Det vil derfor gjøre det nasjonale systemet mer robust mot konvensjonskrenkelser.

De internasjonale anbefalingene vier den nærmere organisasjonsløsningen for forvaltning av domstolssystemet stor oppmerksomhet. Alle de europeiske anbefalingene omtaler uavhengige domstolsråd som en mulig organisasjonsløsning for forvaltning av domstolene. Domstolsråd er organer som er uavhengig av utøvende og lovgivende makt, og som har som formål å beskytte domstolenes og dommernes uavhengighet. Domstolsråd kan være organer som formelt kalles domstolsråd, eller andre uavhengige organer. Det kan være ett eller flere organer som ivaretar funksjonene til domstolsrådet.

Det er likevel noe varierende syn på om en slik organisasjonsløsning er den som best sikrer domstolenes uavhengighet. Ministerkomiteen mener at det finnes andre like gode måter å organisere domstolene på, og gir ingen føringer om at stater som ikke allerede har gjort det, bør opprette et domstolsråd. Venezia-kommisjonen og CCJE anbefaler imidlertid at forvaltningen av domstolene bør ivaretas av et domstolsråd. Venezia-kommisjonen anbefaler at land som ikke allerede har opprettet et uavhengig domstolsråd, *bør vurdere å opprette dette*. CCJE mener at for å sikre domstolenes uavhengighet bør forvaltningen av domstolene *ligge til* et domstolsråd eller til et annet særskilt organ uavhengig av utøvende og lovgivende makt.

Anbefalingene er samstemte om at domstolsrådet bør ha en rolle i forbindelse med utnevning og forfremmelse av dommere og disiplinærsaker, samt at det bør være involvert i fastsettelsen av domstolenes budsjett. Det er imidlertid forskjeller i synet på hvilken rolle domstolsrådet bør ha i forbindelse med disse funksjonene. Det er videre ulike syn på om rent administrative oppgaver bør legges til domstolsrådet, eller om disse kan legges til utøvende makt.

Anbefalingene er videre samstemte om at domstolsrådet bør forankres rettslig på grunnlovsnivå. Ministerkomiteen åpner imidlertid også for regulering i alminnelig lov.

Anbefalingene er videre samstemte om at domstolsrådet bør bestå både av dommere og av medlemmer som ikke kommer fra dommerstanden. De fleste anbefalingene tilrår at minst halvparten av domstolsrådet bør være dommere. Venezia-kommisjonen mener at en betydelig andel eller flertallet av medlemmene bør være dommere, og åpner dermed for at dommerandelen kan være under halvparten. Samtidig påpeker kommisjonen ulemper med en altfor stor dommerandel. Et viktig poeng for kommisjonen er at ingen interessegruppe, hverken dommere, advokater, politikere eller andre, skal kunne kontrollere domstolsrådet. På denne måten spres makten over domstolene på flere interessegrupper. CCJE på sin side åpner også for at rådet kan bestå utelukkende av dommere.

Anbefalingene er samstemte om at aktive parlamentsmedlemmer ikke kan være medlemmer. Ut over dette er det ulike oppfatninger av om andre politikere, herunder statsråder, kan være medlemmer av rådet.

Det fremgår videre av alle anbefalingene at dommermedlemmene i domstolsrådet bør velges av sine egne. Prosedyrene for utnevning av de øvrige medlemmene er det ulike syn på. For å sikre rådets demokratiske legitimitet anbefaler Venezia-kommisjonen at disse medlemmene velges av parlamentet, mens CCJE mener at utøvende makt eller andre

politiske organer ikke bør ha en rolle ved utnevnelsen. I stater hvor statsoverhodet kun har mer formell makt, mener Venezia-kommisjonen og CCJE at det ikke er noe i veien for at statsoverhodet er leder av domstolsrådet. I andre tilfeller bør lederen velges av rådet selv. I tilfeller hvor lederen velges av domstolsrådet, er det ulike syn på om lederen bør være dommer eller ikke. Venezia-kommisjonen anbefaler at lederen bør velges blant medlemmene som ikke er dommere, mens CCJE mener at lederen av domstolsrådet bør være dommer.



Norsk
Retstidende

Norsk
Retstidende

Norsk
Retstidende

1884

1885

1886

8. Finansiering og ressurser

²⁵⁹ Domstoloven § 33c.

²⁶⁰ Grunnloven § 95.

²⁶¹ *Nicholas v. Kypros* (63246/10), avsnitt 59.

²⁶² Se punkt 3.3.2 ovenfor.

²⁶³ Se f.eks. *De Cubber v. Belgia* (9186/80), avsnitt 34–35.

8.1 Innledning

Tilstrekkelig finansiering og ressurstilførsel er nødvendig for at domstolene skal kunne ivareta lovbestemte og konstitusjonelle oppgaver. Dette har betydning for alle domstolsfunksjoner, ikke bare deres uavhengighet. I det følgende gjennomgås de føringene uavhengighetskravet gir for hvilken ressurstilførsel som er nødvendig, først den rettslige plikten til å tilføre ressurser, deretter de ulike internasjonale anbefalingene om finansiering og ressurstilførsel til domstolene.

Uavhengighetskravet kan også legge noen føringer for innretningen av budsjettprosessen og finanseringen. Dette omtales nedenfor i punkt 8.4.

I Norge fastsettes domstolenes budsjett av Stortinget i den ordinære budsjettprosessen. Domstoladministrasjonen fremmer forslag for Justis- og beredskapsdepartementet, som gjennomgår og fremmer domstolenes budsjett som en del av justisbudsjettet.²⁵⁹ Her står domstolene derfor i et avhengighetsforhold til de øvrige statsmaktene.

8.2 Plikten til å sikre tilstrekkelig finansiering og ressurser

Som det fremgår under punkt 3.2, stiller Grunnloven krav til at staten må sikre uavhengige domstoler.²⁶⁰ Tilsvarende er det et generelt utgangspunkt etter EMK artikkel 6 at statene har en plikt til å innrette rettssystemet på en måte som ivaretar de standardene som følger av bestemmelsen.²⁶¹ Finansiering og ressurstilførsel er en forutsetning for å sikre uavhengige domstoler som ivaretar sine konstitusjonelle funksjoner og som ellers oppfyller kravene etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6.

Grunnloven og EMK definerer samlet minimumskravet til hvilken finansiering og hvilke ressurser staten plikter å tilføre domstolene. Ett grunnkrav er at ressurstilførselen må være tilstrekkelig til at domstolene oppfyller uavhengighetskravet. Ressursknapphet er ikke en tilstrekkelig begrunnelse for at stater ikke oppfyller dette minimumskravet.²⁶² Ut over dette minimumskravet har statene i utgangspunktet stor handlefrihet.²⁶³

8.3 Anbefalinger om finansiering og ressurstilførsel

Betydningen av finansiering og tilstrekkelig antall dommerverk er fremhevet i flere internasjonale anbefalinger.

Disse anbefalingene inneholder primært presiseringer av det som allerede følger av Grunnloven og EMK artikkel 6, og fremhever sammenhengen mellom ressurser og uavhengighet.²⁶⁴

Europarådets ministerkomité anbefaler at statene bør allokere tilstrekkelig med ressurser, lokaler og utstyr til domstolene, slik at disse kan ivareta sine funksjoner i samsvar med EMK artikkel 6 og arbeide effektivt.²⁶⁵ For å få til dette bør domstolene ha tilstrekkelig antall dommere og kvalifisert støttepersonell.²⁶⁶ Juridiske utredningsenheter anses som et særlig hensiktsmessig tiltak.²⁶⁷ For å lette arbeidsbyrden til dommerne bør statene sette inn tiltak slik at ikke-dømmende funksjoner kan overlates til annet kvalifisert personell, såfremt dette er i samsvar med domstolenes uavhengighet.²⁶⁸

Veneziakommisjonens anbefalinger er mer spesifikke. Ressursene må være tilstrekkelige til at domstolene kan ivareta kravene etter EMK artikkel 6 og nasjonale konstitusjonelle krav, både på kort og lang sikt. Dette beror på en bredere vurdering av om ressursene er tilstrekkelige til å ivareta de funksjonene domstolen bør ha for å oppfylle overordnede menneskerettslige og konstitusjonelle krav og til at domstolene kan fylle rollen som en separat statsmakt.²⁶⁹ Maktfordelingen og domstolenes rolle som separat statsmakt fremheves som en retningslinje for vurderingen av om ressurstilførselen er tilstrekkelig. Domstolenes relative makt i forhold til de øvrige statsmaktene kan ha en viss betydning i tilnærmingen til spørsmålet om hvilke ressurser domstolene bør ha. Avhengig av domstolenes konstitusjonelle stilling, er poenget at domstolene har kapasitet til å føre effektiv kontroll med de øvrige statsmaktene. Dette har igjen en klar forbindelseslinje til uavhengighetskravet. Kommisjonen understreker også at domstolene må sikres ressurser i krisetider.²⁷⁰

8.4 Anbefalinger om systemet for finansiering og ressurstilførsel

I det følgende redegjøres det for hva de internasjonale anbefalingene sier om prosedyrene for fastsettelse av domstolenes budsjett.

Behovet for å sikre stabilitet og forutberegnelighet i finansieringen av domstolene er gjentatt i flere anbefalinger.²⁷¹ Samtidig er det grunnleggende at finansieringen av domstolene ikke avhenger av politiske endringer. Hvis ressurstilførselen ses i sammenheng med maktfordelingen, er det uheldig dersom de øvrige statsmaktene på politisk grunnlag kan redusere domstolenes stilling som statsmakt.

For å ivareta stabilitet og forutsigbarhet anbefaler Veneziakommisjonen at finansieringen skjer på grunnlag av objektive og tilgjengelige kriterier, og ikke etter andre myndigheters skjønnsmessige avgjørelse.²⁷²

Ministerkomiteen fremhever at et domstolsråd eller annet uavhengig organ, domstolene selv eller dommerforeninger «may be consulted» når domstolens budsjett fastsettes.²⁷³ Dette er følgelig en sammenheng hvor et domstolsråd kan ha en funksjon.²⁷⁴ Det er ikke tatt

²⁶⁴ CCJE, *Magna Carta of Judges* (2010), punkt 7, CCJE, *Opinion No. 2 (2001) on the funding and management of courts with reference to the efficiency of the judiciary and to Article 6 of the European Convention on Human Rights*, avsnitt 2 og 14, *The European Charter on the statute for judges* (1998) punkt 1.1 og 1.6, og FN, *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, (1985), punkt 7.

²⁶⁵ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 33.

²⁶⁶ *Ibid.*, avsnitt 34.

²⁶⁷ *Ibid.*, avsnitt 42.

²⁶⁸ *Ibid.*, avsnitt 36.

²⁶⁹ Veneziakommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges* (2010), avsnitt 52–53.

²⁷⁰ *Ibid.*, avsnitt 52.

²⁷¹ CCJE, *Opinion no. 2 (2001) on the funding and management of courts with reference to the efficiency of the judiciary and to Article 6 of the European Convention on Human Rights*, avsnitt 5, Veneziakommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges* (2010), avsnitt 53, og ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, avsnitt 67.

²⁷² Veneziakommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges* (2010), avsnitt 53.

²⁷³ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 40.

²⁷⁴ Se punkt 7.3.3 ovenfor om domstolsråd generelt.

²⁷⁵ Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: the Independence of Judges* avsnitt 54, CCJE, *Magna Carta of Judges*, punkt 7, CCJE Opinion No. 2 (2001) on the funding and management of courts with reference to the efficiency of the judiciary and to Article 6 of the European Convention on Human Rights, avsnitt 10 og CCJE Opinion No. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society, avsnitt 32.

²⁷⁶ CCJE, *Opinion No. 2 (2001) on the funding and management of courts with reference to the efficiency of the judiciary and to Article 6 of the European Convention on Human Rights*, avsnitt 11, se også ENCJ *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, avsnitt 67.

²⁷⁷ CCJE, *Opinion No. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 73.

²⁷⁸ *Ibid.*, avsnitt 74.

²⁷⁹ *Ibid.*, avsnitt 75.

²⁸⁰ Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 54.

²⁸¹ *De Cubber v. Belgia* (9186/80), avsnitt 34–35.

til orde for at domstolene bør ha full autonomi over budsjettprosessen i de internasjonale anbefalingene, men domstolenes rolle ved budsjettfastsettelsen er omtalt i flere internasjonale anbefalinger.²⁷⁵

Domstolene kan involveres i budsjettprosessen på flere måter. CCJE viser til at det organ som er satt til å forvalte domstolene, kan samordne de ulike domstolenes budsjettbehov og fremme et samlet innspill til myndigheten som fastsetter budsjettet.²⁷⁶ Organet som er satt til å forvalte domstolene, bør i så fall ha mulighet til å komme med begrunnede innspill i prosessen.²⁷⁷ Domstolene bør videre ha et eget budsjett.²⁷⁸ I tillegg er det vist til muligheten for å gi organet som forvalter domstolene, «extended financial competences».²⁷⁹ Hva dette konkret innebærer, er ikke forklart, men antakelig innebærer en slik utvidet budsjettfullmakt mulighet til å forhandle om domstolenes budsjett mer direkte, uten å trekke inn for eksempel justisdepartementet.

Venezia-kommisjonen går ikke like langt, men fremholder at gode grunner taler for å iakttas domstolenes synspunkter i budsjettprosessen.²⁸⁰

8.5 Oppsummering

Tilstrekkelig finansiering og ressurstilførsel er nødvendig for at domstolene skal kunne ivareta lovbestemte og konstitusjonelle oppgaver. Det har betydning for alle domstolsfunksjoner, ikke bare deres uavhengighet. Kravet til uavhengighet og upartiskhet kan imidlertid også legge enkelte føringer knyttet til finansiering og ressurser til domstolene.

Både Grunnloven og EMK artikkel 6 oppstiller en plikt for staten til å sikre at domstolene er uavhengige. Det er de samlede kravene til domstolene i Grunnloven og EMK som definerer minimumskravet til hvilken finansiering og hvilke ressurser staten plikter å tilføre domstolene.²⁸¹ Ut over dette minimumskravet har statene i utgangspunktet stor handlefrihet.

De internasjonale anbefalingene om finansiering og tilstrekkelig antall dommerverk inneholder primært presiseringer av det som allerede følger av Grunnloven og EMK artikkel 6. Flere fremhever imidlertid behovet for stabilitet og forutberegnelighet i finansieringen av domstolene. Venezia-kommisjonen anbefaler at finansiering av og ressurstildeling til domstolene skjer på grunnlag av objektive og forutsigbare kriterier som særlig tar hensyn til overordnede rettslige krav til domstolene og domstolenes stilling som statsmakt. Det vil kunne redusere muligheten for at de øvrige statsmaktene gjennom budsjettfastsettelsen kan utfordre domstolenes uavhengige stilling. Anbefalingene gir også føringer for hvordan et domstolsråd eller annet organ som forvalter domstolene kan ha en funksjon i budsjettprosessen.

«The Court recalls that the Contracting States are under the obligation to organise their legal systems “so as to ensure compliance with the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1)” [...]; impartiality is unquestionably one of the foremost of those requirements.»

De Cubber v. Belgia
(9186/80) avsnitt 35

9. Utnevning av dommere

²⁸² Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Oslo 2017, s. 548.

²⁸³ Domstoloven § 55 første ledd jf. Grunnloven § 21 og domstoloven § 55a.

²⁸⁴ Domstoloven § 55a første ledd annet og siste punktum.

²⁸⁵ *Maktouf og Damjanovic v. Bosnia og Herzegovina* (2312/08 og 34179/08), avsnitt 49.

²⁸⁶ *Campbell og Fell v. Storbritannia* (7819/77 og 7878/77).

9.1 Innledning

Prosedyrer for dommerutnevnelser kan ha betydning for domstolenes uavhengighet på flere måter. Den grunnleggende utfordringen er at det kan foreligge et lojalitetsbånd mellom dommeren og den som utnevner, noe som igjen kan ha innflytelse på den dømmende virksomheten. Selv om slike forhold rent faktisk ikke påvirker den dømmende virksomheten, kan de være problematiske fordi de påvirker borgernes tillit til domstolene. Ettersom uavhengighetskravet særlig angår forholdet mellom domstolene og de øvrige statsmaktene, er utnevningsspørsmålet i praksis mest aktuelt dersom kompetansen til å utnevne dommere ligger hos en av de andre statsmaktene, slik den gjør i Norge.

Etter Grunnloven § 21 er det Kongen i statsråd som har den formelle kompetansen til å utnevne dommere. Vårt parlamentariske system gjør at også Stortinget teoretisk sett kan øve innflytelse på dommerutnevnelser.²⁸² Den endelige utnevningen skjer etter innstilling fra Innstillingsrådet for dommere.²⁸³ Innstillingsrådets medlemmer består av tre dommere, en advokat, en jurist ansatt i det offentlige og to medlemmer som ikke er jurister, som alle utnevnes av Kongen i statsråd.²⁸⁴

I det følgende fremstilles rettslige skranker og anbefalinger knyttet til utnevning av dommere.

9.2 Hvem som kan utnevne dommere

9.2.1 RETTSLIGE RAMMER

Etter EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 er utnevningssprosessen, herunder hvem som utnevner dommere, et sentralt moment i vurderingen av om domstolen er uavhengig. Dette ses gjerne i sammenheng med andre omstendigheter rundt utnevningen, som muligheten for avsettelse. Grunnloven § 95 tar opp i seg de samme kravene til uavhengige domstoler som følger av konvensjonsforpliktelsene, og supplerer derfor kravene til utnevning av dommere som følger av Grunnloven § 21.

Hverken EMK artikkel 6 eller SP artikkel 14 utelukker at den utøvende makt eller lovgiver kan utnevne dommere. I vurderingen av om domstolen er uavhengig er det likevel relevant hvor utnevningsskompetansen ligger.

Etter EMDs praksis står statene forholdsvis fritt når det gjelder hvilket organ som utnevner dommere. Den utøvende makt eller lovgiver kan utnevne dommere såfremt dommerne er fri for påvirkning eller press i sin dømmende virksomhet.²⁸⁵

Hva som ligger i dette, er i noen grad presisert i *Campbell og Fell v. Storbritannia*.²⁸⁶ Spørsmålet i denne saken var om en fengselsnemnd, som hadde både tilsynsfunksjoner og

dømmende funksjoner, var en uavhengig domstol. Nemndsmedlemmene var oppnevnt av et ministerium, som også var ansvarlig for fengslene. Nemnda kunne instrueres av det samme ministeriet i sine administrative funksjoner, men ikke i sin dømmende funksjon.²⁸⁷ At nemndsmedlemmene var underlagt instruksjonsmyndighet fra utnevnesorganet i forvaltningsfunksjonen var altså ikke til hinder for at de ble ansett som uavhengige i sin dømmende funksjon.²⁸⁸ Tilsvarende er for øvrig også lagt til grunn i norsk konstitusjonell rett.²⁸⁹

Hvem som har kompetanse til å utnevne dommere, kan likevel ha betydning som del av en helhetsvurdering. I *Clarke v. Storbritannia* var spørsmålet om to dommere i henholdsvis en *district court* og en *circuit court* i Storbritannia, som ble utnevnt av *Lord Chancellor*, var uavhengige i saker hvor *Lord Chancellors' Department* var part.²⁹⁰ Dette var i utgangspunktet problematisk. Med henvisning til ansettelsesprosessen, som blant annet innebar konsultasjoner med dommere og andre juridiske profesjonsutøvere, avleggelse av en «judicial oath» samt utnevning på heltid inntil pensjonsalder og at avsettelse for øvrig bare kunne skje etter strenge kriterier, som igjen kunne prøves for en domstol, kom EMD likevel til at uavhengighetskravet var ivaretatt.²⁹¹

I *Ninn-Hansen v. Danmark* fremholdt klageren at lekdommerne i riksretten, som var utnevnt av parlamentet, ikke hadde den nødvendige «appearance of independence or impartiality».²⁹² EMD kom til at uavhengighetskravet var ivaretatt. Det ble særlig vist til at utnevning av parlamentet ikke i seg selv skapte legitim tvil om uavhengigheten. At politiske sympatier kunne spille en rolle i utnevningprosessen var heller ikke avgjørende. Til støtte for lekdommernes uavhengighet ble det særlig vist til at de måtte avlegge en ed på å dømme i henhold til loven og bevisene i saken, at eventuelle politiske sympatier ikke hadde sammenheng med hva saken gjaldt, og at det for øvrig ikke var koblinger mellom parlamentet og lekdommernes dømmende virksomhet.²⁹³ Prinsippene herfra er fulgt opp i dommen *Haarde v. Island*, som gjaldt en riksrettssak i Island som følge av bankkollapsen i 2008.²⁹⁴

I *Henryk Urban og Ryszard Urban v. Polen* kom EMD til at en dommer som var midlertidig utnevnt av justisdepartementet, ikke var uavhengig, ettersom det manglet garantier mot at vedkommende kunne avsettes vilkårlig av justisministeren.²⁹⁵ Det samme ble resultatet i *Lauko v. Slovakia*.²⁹⁶ I denne saken var leder av en administrativ enhet, som hadde som oppgave å avgjøre mindre alvorlige straffesaker, utnevnt av utøvende makt. De ansatte hadde vanlige ansettelseskontrakter regulert av den ordinære arbeidslovgivningen og var alminnelige lønnsinntakere. Måten de ansatte ble utnevnt på, i kombinasjon med at den administrative enheten ikke fremsto som uavhengig og manglet garantier mot press fra utenforstående, gjorde at EMD kom til at enheten ikke kunne anses som uavhengig.²⁹⁷

Saken *Kleuver v. Norge* gjaldt uavhengigheten til en lagmannsrettsdommer som ved to anledninger var konstituert som dommer i Høyesterett. Dommeren ble konstituert av Kongen i statsråd etter innstilling fra Justisdepartementet. Klageren anførte at Justisdepartementet kunne bestemme om dommeren kunne få ny konstitusjon eller utnevnes som fast dommer i Høyesterett om det ble et ledig embete, og at det derfor ikke kunne utelukkes at han ville ha dette i mente dersom han var dommer i en sak hvor Justisdepartementet var part. EMD kom til at klagen var *inadmissible*, og la vekt på at

²⁸⁷ Ibid, avsnitt 79.

²⁸⁸ Se også *Clarke v. Storbritannia* (decision – 23695/02), s. 11, *Sacilor Lormines v. Frankrike* (65411/01), avsnitt 66–67, *Ninn-Hansen v. Danmark* (decision 28972/95) s. 20, og *Kleuver v. Norge* (decision – 45837/99), s. 11.

²⁸⁹ *Castberg, Norges statsforfatning II*, tredje utgave, Oslo 1964, s. 154–155.

²⁹⁰ *Clarke v. Storbritannia* (decision – 23695/02). *Lord Chancellor*, Rikskansleren i Storbritannia, er et av de høyeste embeter i den britiske regjering. *Lord Chancellor* er bl.a. leder av Overhuset og utnevnes av monarken etter råd fra statsministeren.

²⁹¹ *Clarke v. Storbritannia* (decision – 23695/02), s. 11.

²⁹² *Ninn-Hansen v. Danmark* (decision – 28972/95), s. 19.

²⁹³ Ibid s. 20.

²⁹⁴ *Haarde v. Island* (66847/12), avsnitt 105–108.

²⁹⁵ *Henry Urban og Ryszard Urban v. Polen* (23614/08). Det følger av dommen avsnitt 17 at kravene for å kunne bli utnevnt som tingsrettsdommer var at kandidater måtte gjennomføre dommer- eller påtalemyndighetskurs med påfølgende eksamen. Etter dette var det krav om minimum tre år som *assessor* i en tingrett. Saken er litt spesiell, fordi den polske konstitusjonsdomstolen i en prinsippavgjørelse hadde funnet at reguleringen av ordningen med *assessorer* var uforenlig med den polske konstitusjonen grunnet manglende garantier for uavhengighet. Domstolen gjentok i avsnitt 49 den generelle doktrinen om at EMK art. 6 ikke er til hinder for at dommere utnevnes av utøvende makt så lenge de ikke kan instrueres eller på annen måte utsettes for press i sin dømmende rolle. Etter en konkret vurdering, hvor EMD i stor grad gjennomgikk dommen fra den polske konstitusjonsdomstolen, konstaterte EMD at det i første rekke var polske domstoler som skulle vurdere nasjonal rett. Her var den polske konstitusjonen i samsvar med de krav som kan utledes av EMK art. 6 nr. 1, og EMD kunne bare komme til et annet resultat dersom den mente den polske konstitusjonsdomstolen hadde feiltolket eller anvendt konvensjonen feil, eller om de var kommet til et resultat som var «manifestly unreasonable».

²⁹⁶ *Lauko v. Slovakia* (4/1998/907/1119).

²⁹⁷ *Ibid*, avsnitt 64.

²⁹⁸ *Kleuver v. Norge* (decision – 45837/99), s. 11.

²⁹⁹ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 46.

³⁰⁰ *Ibid*, avsnitt 47.

³⁰¹ Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 31, med videre henvisning til Kommisjonens *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 44.

³⁰² Helgesen, «Dommeres – og domstolenes – uavhengighet, sett fra Venezia», *Dommerens uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 306–307.

³⁰³ Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 31, med videre henvisning til Kommisjonens *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 45–46, hvor det fremgår at "45. In older democracies, the executive power has sometimes a decisive influence on judicial appointments. Such systems may work well in practice and allow for an independent judiciary because these powers are restrained by legal culture and traditions, which have grown over a long time. 46. New democracies, however, did not yet have a chance to develop these traditions, which can prevent abuse, and therefore, at least in these countries, explicit constitutional and legal provisions are needed as a safeguard to prevent political abuse in the appointment of judges."

³⁰⁴ Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 32.

³⁰⁵ Venezia-kommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 49. Se også utredningens punkt 7.3.3.2.

³⁰⁶ CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 73 (4).

³⁰⁷ *The European Charter on the statute for judges (1998)*, punkt 1.3.

Justisdepartementet ikke reelt spilte noen stor rolle i utnevningssprosessen, og at den aktuelle dommeren ikke hadde søkt fast embete som dommer i Høyesterett. Det faktum at han kunne komme til å søke senere, mente domstolen ikke var nok til å fastslå at det forelå en spesiell forbindelse mellom dommeren og departementet. EMD la også vekt på at han hadde fast embete som lagmannsrettsdommer, med de garantier for uavhengighet som lå i dette.²⁹⁸

9.2.2 ANBEFALINGER

Det finnes en rekke internasjonale anbefalinger om hvilket organ som bør tillegges kompetansen for dommerutnevning, for å sikre domstolenes uavhengighet så godt som mulig. Flere av dem tilråder at et uavhengig domstolsråd bør ha avgjørende innflytelse over, eller selv foreta, dommerutnevningene. Se punkt 7.3.3 over for en redegjørelse for hva de internasjonale anbefalingene sier om slike domstolsråd generelt.

Som utgangspunkt fremholder Ministerkomiteen at kompetansen til å ta avgjørelser om «the selection and career of judges» bør legges til et organ som er uavhengig av utøvende og lovgivende makt. Minst halvparten av medlemmene i dette organet bør være dommere som velges av dommerstanden.²⁹⁹ I land hvor utnevningmyndigheten ifølge grunnlov eller lov er lagt til statsoverhodet, utøvende eller lovgivende makt, bør et tilsvarende uavhengig organ «drawn in substantial part from the judiciary» innstille eller kunne komme med uttalelser, som i praksis følges av utnevning myndighet.³⁰⁰

Venezia-kommisjonen fremhever at det er en rekke systemer for dommerutnevninger i de europeiske landene, og at det ikke finnes én modell som vil passe for alle land.³⁰¹ Kommisjonen skiller mellom gamle og nyere demokratier. I de første kan systemer der utøvende makt har innflytelse på utnevning av dommere, fungere i praksis på grunn av sterke rettsstatstradisjoner. I de nyere demokratiene har ikke slike tradisjoner som kan forhindre misbruk, fått utvikle seg. Kommisjonen har derfor vist varsomhet med å anbefale endring av utnevningssystemer for dommere i etablerte og velfungerende demokratier.³⁰² I nye demokratier mener Kommisjonen derimot at det er større behov for sterke formelle rettsikkerhetsgarantier for å sikre mot politisk påvirkning av dommerutnevninger.³⁰³ Kommisjonens generelle anbefaling er at alle land som ikke allerede har et domstolsråd, bør vurdere å opprette dette, eller et liknende organ.³⁰⁴ Domstolsrådet bør ha avgjørende innflytelse over utnevning og forfremmelse av dommere, for eksempel ved at domstolsrådet avgir ufravikelige innstillinger til utnevning myndighet.³⁰⁵

Også CCJE har anbefalinger om utnevning av dommere. Her har det vært en utvikling fra den første anbefalingen i Opinion No. 1 fra 2001, til de anbefalingene som fremkommer i Opinion No. 10 fra 2007, og kodifiseringen av CCJEs anbefalinger i «Magna Carta of Judges» fra 2010.

I den første legger CCJE seg på linje med det som fremkommer av «The European Charter on the statute for judges».³⁰⁶ Charteret anbefaler at et uavhengig organ som består av minst halvparten dommere som er valgt av sine egne, bør ha en rolle ved dommerutnevningene.³⁰⁷ Den forklarende rapporten tar høyde for de store ulikhetene når det gjelder dommerutnevninger i de europeiske landene, og at mange stater vil finne det vanskelig å gi slipp på et

politisk element i dommerutnevnelserne. Ifølge charteret bør statene i en slik situasjon i det minste innhente et råd eller en anbefaling fra et uavhengig organ, og dersom rådet eller anbefalingen ikke følges, bør dette begrunnes.³⁰⁸

I «Opinion No. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society» går CCJE lenger i å anbefale at et domstolsråd bør utnevne dommere. CCJE fremhever at det er viktig for domstolenes uavhengighet at dommerutnevnelser foretas på en uavhengig måte og ikke av utøvende eller lovgivende makt, men helst av et domstolsråd.³⁰⁹ Samtidig påpeker CCJE at det er bred aksept for at dommerutnevnelser formelt kan foretas av et statsoverhode.³¹⁰ I slike situasjoner anbefaler CCJE at domstolsrådet bør foreslå kandidater til den utnevne myndigheten, og at denne må være bundet av forslaget fra domstolsrådet.

I «Magna Carta of Judges» fra 2010 punkt 5 fremgår det at et domstolsråd eller et annet særskilt organ skal treffe avgjørelse om «selection, nomination and career». Dette er en kodifisering og oppsummering av Opinion No. 10, og formuleringen holder det åpent hvilket organ som treffer den formelle avgjørelsen om utnevning på grunnlag av domstolsrådets innstilling («nomination»). Selv om det ikke fremgår eksplisitt, blir det derfor naturlig å forstå dette som at den formelle utnevningen kan foretas av utøvende makt eller lovgiver.

9.3 Utnevningssprosess og utnevningsskriterier

9.3.1 RETTSLIGE RAMMER

Ut over at saker om utnevning av dommere skal behandles av Kongen i statsråd, gir ikke Grunnloven § 21 detaljerte føringer for utnevningssprosessen. Når det gjelder utnevningsskriterier, er det eksplisitt fastsatt i Grunnloven at det er en aldersgrense på 30 år for å bli dommer i Høyesterett, og at «kongelige prinser» ikke kan utnevnes til dommere.³¹¹ Enkelte generelle føringer kan utledes av Grunnloven § 95, tolket i lys av EMK artikkel 6 og SP artikkel 14.

Utnevningssprosessen og utnevningsskriteriene er momenter i vurderingen av om domstolen anses som uavhengig etter EMK artikkel 6. Etersom dette vurderes i sammenheng med andre forhold, stilles det ikke spesifikke krav til prosessen og kriteriene for å utnevne dommere. EMDs praksis gir likevel en del føringer.

I *Clarke v. Storbritannia* fremhevet EMD særlig at utnevningssprosessen innebar at dommeren på forhånd hadde fungert som dommer, at han hadde gjennomgått et «competitive interview» med et råd hvor en dommer deltok, og at det ble foretatt konsultasjoner med dommere og andre fagaktører.³¹² Mer generelt fokuserer EMDs praksis på hvorvidt utnevningssprosessen sikrer at dommerstillinger tildeles på grunnlag av kvalifikasjoner og egnethet. Et trekk ved praksisen er at det skal mye til for at utnevningssprosessen og kriteriene for utnevningen i seg selv medfører at domstolen ikke anses som uavhengig. Et illustrerende eksempel er *Sacilor Lormines v. Frankrike*, hvor EMD vurderte om den franske forvaltningsdomstolen *Conseil d'Etat* var tilstrekkelig uavhengig. Medlemmene kunne bli utnevnt på en av to måter; enten ved søknad og ordinær konkurranse, eller ved direkte utnevning gjort av presidenten. En tredjedel av forvaltningsdomstolens medlemmer kunne utnevnes direkte av presidenten. Kriteriet for å bli utnevnt var at man hadde fylt 45 år. I tillegg skulle visepresidenten i *Conseil d'Etat* gi en «opinion» før utnevningen.³¹³ På tross av at

³⁰⁸ *The European Charter on the statute for judges (1998)*, forklarende rapport punkt 1.3.

³⁰⁹ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 48.

³¹⁰ *Ibid.*, avsnitt 49.

³¹¹ Grunnloven §§ 21 og 91. Det er også et lovfestet krav om at dommere skal være norske statsborgere, jf. domstoloven § 53.

³¹² *Clarke v. Storbritannia* (decision – 23695/02).

³¹³ *Sacilor Lormines v. Frankrike* (65411/01), avsnitt 65.

³¹⁴ Henry Urban og Ryszard Urban v. Polen (23614/08), avsnitt 47–49.

³¹⁵ FN, Menneskerettighetskomiteen, *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial* (2007), avsnitt 19.

³¹⁶ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 44.

³¹⁷ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, forklarende rapport avsnitt 49.

³¹⁸ CCJE, *Magna Carta of Judges* (2010) punkt 5, CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 73(2), og Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges* (2010), avsnitt 27.

³¹⁹ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, forklarende rapport avsnitt 50.

³²⁰ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 44.

³²¹ Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges* (2010), avsnitt 24–27 og CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 73(2). Se også ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, avsnitt 22.

³²² Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 45, *The European Charter on the statute for judges* (1998) punkt 2.1, FN, *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (1985), punkt 10, og ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, avsnitt 24(4).

³²³ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 45. Se også FN, *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, (1985), punkt 10.

presidenten ganske fritt kunne utnevne en tredjedel av seniormedlemmene i *Conseil d'Etat*, ble domstolen ansett som tilstrekkelig uavhengig.

I motsatt retning synes det også å være begrenset i hvilken grad gode utnevnelserprosedyrer og kriterier kan avhjelpe større svakheter knyttet til ivaretagelsen av andre sentrale sider av uavhengighetskravet. Et illustrerende eksempel er *Henryk Urban og Ryszard Urban v. Polen*, omtalt ovenfor under punkt 9.2.1. At det forelå spesifikke kriterier for tilsetningen, samt krav om godkjenning fra et styre bestående av dommere, gjorde ikke at dommeren ble ansett som uavhengig når vedkommende kunne avsettes av det polske justisdepartementet.³¹⁴

I General Comment no. 32 om SP artikkel 14 fremholder FN's menneskerettighetskomité at prosedyrene og kvalifikasjonskravene for utnevning av dommere er en sentral del av uavhengighetskravet. Komiteen fremhever at statene gjennom konstitusjonen eller lovgivning bør sikre at dommerutnevnelser skjer på grunnlag av klare prosedyrer og objektive kriterier. Dette er et viktig tiltak for å beskytte dommere mot politisk påvirkning i utøvelsen av den dømmende virksomheten.³¹⁵

Utnevnelserprosedyren og utnevnelserkriteriene er momenter i vurderingen av om en domstol oppfyller uavhengighetskravet. Den relative vekten av disse momentene beror på hvordan og i hvilken grad prosedyren og kriteriene er egnet til å sikre utnevnelser på grunnlag av kvalifikasjoner og egnethet, og samtidig beskytte mot politisk påvirkning. Generelt skal det mye til for at slike innretninger medfører at en domstol ikke anses uavhengig. Staten har derfor et betydelig handlingsrom når det gjelder utformingen av prosedyrer og kriterier for dommerutnevnelser, særlig forutsatt at øvrige tiltak for å sikre uavhengigheten er godt ivarettatt.

9.3.2 ANBEFALINGER

Europarådets ministerkomité anbefaler at beslutninger om dommerutnevnelser bør baseres på *objektive kriterier* fastsatt i lov eller av kompetent myndighet.³¹⁶ Grunnkriteriene for å kunne utnevnes som dommer bør fremgå av lov.³¹⁷ Flere av de andre internasjonale anbefalingene har tilnærmet like tilrådinger om at beslutninger om utnevning av dommere bør skje på bakgrunn av objektive kriterier.³¹⁸

De objektive kriteriene skal bidra til å sikre at dommerutnevnelser skjer på grunnlag av profesjonelle og faglige hensyn.³¹⁹ Ministerkomiteen fremhever at utnevnelser bør skje på grunnlag av kvalifikasjoner og egnethet til å utøve dommergjerningen.³²⁰ Det gjør også Venezia-kommisjonen, som også viser videre til en anbefaling fra CCJE.³²¹

Flere av anbefalingene fremhever ikke-diskriminering som et viktig prinsipp ved dommerutnevnelser.³²² Ministerkomiteen spesifiserer imidlertid at krav om statsborgerskap i angjeldende land ikke anses som diskriminering.³²³ Positiv forskjellsbehandling kan tillates ved dommerutnevnelser, såfremt det er legitimt og regulert.³²⁴ Typiske eksempler kan være hensyn til kjønn og etnisk opphav fordi man ønsker en bredere sammensetning av dommerstanden. Funksjonsnedsettelse bør ikke hindre utnevning som dommer, med mindre funksjonsnedsettelsen påvirker vedkommendes evne til å fungere som dommer.

Anbefalingene fremhever også viktigheten av at det er åpenhet og innsyn rundt prosedyrene for dommerutnevnelser.³²⁵ Det er også enkelte anbefalinger om at kandidater bør ha anledning til å klage på avgjørelsen, eller i det minste på beslutningsprosessen.³²⁶

9.4 Oppsummering

Etter SP artikkel 14 og EMK artikkel 6 er det et sentralt moment i hvilken grad dommerutnevnelser skjer på grunnlag av objektive kriterier og etter en prosess som sikrer at utnevnelser skjer ut fra kvalifikasjoner og egnethet, og samtidig beskytter mot politisk påvirkning.

Statene står i utgangspunktet fritt til å avgjøre hvilket organ som skal ha kompetanse til å utnevne dommere. Det er ikke i seg selv problematisk at dommere utnevnes av de øvrige statsmaktene. EMD fremhever imidlertid at maktfordelingen mellom domstolene og andre konstituerte organer, lovgiver og utøvende makt har fått en mer fremtredende rolle i domstolens praksis.³²⁷ I vurderingen av dommerutnevnelser og uavhengighet er både spørsmålet om hvem som utnevner, og hvilken prosess utnevningen foregår etter, sentralt. Disse elementene må vurderes i sammenheng. En utnevningssprosess som sikrer at utnevnelser skjer på grunnlag av objektive og saklige kriterier, og samtidig utelukker interessebaserte utnevnelser, kan gjøre det mindre betenkelig at avgjørelseskompetansen ligger hos en av de øvrige statsmaktene. Motsatt sikrer utnevnelser foretatt av domstolene selv eller et annet uavhengig organ, ikke uavhengighet og legitimitet hvis det er lite åpenhet og innsyn rundt selve prosessen, hvis den ikke bygger på relativt klare kriterier og muliggjør ytre påvirkning.

I anbefalingene er det en klar linje at det bør etableres et regulatorisk rammeverk for dommerutnevning som bygger på et underliggende kvalifikasjonsprinsipp. Det er imidlertid ikke til hinder for en viss positiv forskjellsbehandling. Prosessen rundt utnevnelser bør være transparent og sikre at den best kvalifiserte og best egnede kandidaten utnevnes.

Gjennomgående peker anbefalingene på at domstolenes uavhengighet styrkes dersom dommerutnevnelser skjer med innflytelse fra et domstolsråd eller et tilsvarende uavhengig organ. Anbefalingene er mer sprikende når det gjelder hvor sterk innflytelse et slikt domstolsråd bør ha. Statene har videre relativt stor frihet når det gjelder den nærmere innretningen av et system hvor et domstolsråd har en funksjon ved dommerutnevnelser.

³²⁴ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, forklarende rapport avsnitt 50.

³²⁵ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 48, CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 50, og ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, avsnitt 24(5).

³²⁶ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 48. Se også ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, avsnitt 24(7).

³²⁷ *Maktouf og Damjanovic v. Bosnia og Herzegovina* (2312/08 og 34179/08), avsnitt 49.

10. Uavsettelighet

³²⁸ Grunnloven § 22 annet ledd. Se også domstoloven § 55 femte ledd, som lovfester oppsigelsesvernet.

³²⁹ LB-2013-171610-2, med videre henvisning til Fougner: *Arbeidsavtalen – utvalgte emner* (1999) s. 265.

³³⁰ Grunnloven § 22 annet ledd, jf. § 28 og § 21, jf. tjenestemannsloven § 15 og Rt. 2000 s. 1672.

³³¹ De materielle vilkårene for dom på avskjed er i utgangspunktet de samme som gjelder for andre embetsmenn og for statstjenestemenn, jf. LB-2013-171610-2 s. 13, som viser til tjenestemannsloven § 1, jf. § 15 og Rt. 1983 s. 1004, RG-1991-1174 samt LH-2000-302.

³³² LB-2013-171610-2.

³³³ *Ibid* s. 5.

³³⁴ *Ibid* s. 11.

³³⁵ *Ibid* s. 11–12.

10.1 Innledning

Vern mot avsettelse er en sentral del av uavhengighetskravet. Dette har sammenheng med at mulighet for avsettelse kan påvirke den dømmende virksomheten, og dermed utgjøre en direkte trussel mot dommernes uavhengighet. Dommeres stillingsvern er fremhevet både i de rettslig bindende kildene og i de internasjonale anbefalingene.

10.2 Rettslige rammer

10.2.1 GRUNNLOVEN

Reglene for stillingsvern og avsettelse av dommere finnes i Grunnloven § 22 annet ledd. Etter Grunnlovens system regnes dommere som embetsmenn, og kan dermed ikke «avsettes» uten etter dom.³²⁸ Ordlyden i § 22 annet ledd sett i sammenheng med resten av grunnlovsbestemmelsen tilsier at dommere er uoppsigelige. Deres arbeidsforhold kan bare bringes til opphør gjennom avskjed ved dom.³²⁹ I tillegg kan tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 ha betydning som vern mot tilbakevirkende lovendringer om dommeres rettsstilling, eksempelvis reduksjon av aldersgrenser.

Det er de ordinære domstolene som avgjør spørsmål om avskjed etter Grunnloven § 22 annet ledd. Det er Kongen i statsråd som, etter saksforberedelse i Justis- og beredskapsdepartementet, fatter beslutning om å anlegge sak for domstolene om avskjedigelse av en dommer.³³⁰ Det er altså den utøvende makt som har den formelle kompetansen til å anlegge sak om avskjedigelse. Grunnloven inneholder ingen materielle vilkår for avskjedigelse av dommere.³³¹

Norske domstoler har i nyere tid kun behandlet en sak om avskjedigelse av en dommer. Saken gjaldt avskjed ved dom fra embete som tingrettsdommer som følge av brudd på tjenesteplikter og krav til god dommerskikk over flere år.³³² Det ble blant annet anført at avskjedigelsen av dommeren var i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 fordi avskjedigelsesprosessen ikke oppfylte kravene til uavhengighet.³³³ Lagmannsretten konkluderte med at det ikke forelå krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1 i det konkrete tilfellet.

Retten la blant annet vekt på at avgjørelsesmyndigheten i avskjedssaker ligger til domstolene, som da foretar en full prøving av alle sider av avskjedsspørsmålet.³³⁴ Etter Grunnloven § 22 sammenholdt med Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1, kreves ikke at ethvert organ som har deltatt i saksforberedelsen forut for beslutningen om å anlegge søksmål om avskjed, må ha en bestemt dommerandel eller være fullt ut uavhengig av den utøvende makt. Det sentrale er «sammensetningen av, og uavhengigheten til det organet som treffer avgjørelse om avskjed».³³⁵

Lagmannsretten la også vekt på at domskravet i Grunnloven § 22 innebærer at saker om avskjedigelse av dommere behandles etter de særlige rettssikkerhetsgarantiene tvisteloven oppstiller, i tillegg til at uavhengighetskravet vil medføre at prøvingen av om vilkårene for avskjed er oppfylt, vil være særlig inngående for dommere.³³⁶

At avskjedigelse av dommere forutsetter dom er en sentral rettssikkerhetsgaranti for domstolenes uavhengighet. Dette er til hinder for at den utøvende eller lovgivende makt direkte kan påvirke utfallet av avskjedsprosesser. Domskrav for avsettelse er derfor et kjerneelement i uavhengighetsprinsippet.

Vern mot forflytning inngår også som en del av dommeres stillingsvern. At en dommer ikke skal kunne forflyttes mot sin vilje er essensielt for å sikre reell uavhengighet.

Det konstitusjonelle vernet mot forflytning av dommere følger av Grunnloven § 22 annet ledd annet punktum, hvor det fremgår at embetsmenn «ikke kan forflyttes mot sin vilje». Omfanget av forflytningsvernet etter denne bestemmelsen er uklart. Det har imidlertid ikke vært ansett som hinder for at et dommerembete kan nedlegges, så lenge dommeren beholder sin lønn og tittel.³³⁷

10.2.2 EMK

EMD har også lagt vekt på muligheten for å avskjedige dommere i sin helhetsvurdering av uavhengighetskravet i EMK artikkel 6.³³⁸ Domstolen oppstiller ikke noe absolutt krav om at dommeres uavsettelighet skal være fastlagt i lov, så lenge dette følger av praksis og det ikke er andre forhold som tilsier at domstolen ikke er uavhengig. I *Campbell og Fell v. Storbritannia* uttalte EMD at uavsettelighet er et viktig premiss for domstolenes uavhengighet etter artikkel 6 nr. 1, men at mangel på lovregulering av dommeres vern mot avskjedigelse ikke i seg selv truer domstolenes uavhengighet.³³⁹ Det synes derfor som at domstolen i større grad legger vekt på det reelle avsettelsesvernet fremfor det formelle.

Dette er underbygget i senere praksis, blant annet i dommen *Sacilor Lormines v. Frankrike*.³⁴⁰ Her ble det lagt vekt på at avsettelsesvernet var garantert gjennom langvarig praksis og derfor ikke utgjorde noen risiko for brudd på uavhengighetsprinsippet.³⁴¹

Saken *Clarke v. Storbritannia* er også illustrerende. Her godtok EMD at såkalte *circuit judges* og *district judges* kunne avsettes av *Lord Chancellor*.³⁴² Domstolen la vekt på blant annet at *Lord Chancellor* bare kunne avsette dommere «on the grounds of incapacity and misbehaviour». ³⁴³ EMD la videre vekt på at det var tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier mot vilkårlig avsettelse, både gjennom begrunnelsesplikt og muligheter for domstolsprøving av en eventuell avskjedigelse.³⁴⁴ I tillegg la EMD vekt på at det aldri tidligere hadde vært fremsatt klager om at *Lord Chancellors* kompetanse til å avskjedige dommere truet deres uavhengighet, samt at det i praksis så godt som aldri hadde forekommet at *Lord Chancellor* faktisk hadde avsatt en dommer.³⁴⁵

I saken *Henryk Urban og Ryszard Urban v. Polen* fant EMD imidlertid at det forelå en krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1 fordi en midlertidig tilsatt dommer som pådømte en mindre straffesak, når som helst kunne fjernes fra sin stilling av det polske justisdepartementet,

³³⁶ Ibid s. 15.

³³⁷ Jakhelln, «Domstollederstillinger ved domstolenes omorganisering – konstitusjonelle og arbeidsrettslige problemstillinger», utredning til Justisdepartementets domstolavdeling, 2002, punkt V, hvor det fremgår at: «Som nevnt fastsetter Grunnlovens § 22 et forbud mot at embetsmenn gis avskjed eller forflyttes; det må imidlertid ansees for å være en sikker rettsoppfatning at et embete kan nedlegges – iallfall i forbindelse med en omlegning av vedkommende del av statens virksomhet – og slik at embetets innehaver i så fall kan gis avskjed av Kongen – «avskjed i nåde» – men med bibehold av lønn og tittel m.v. [...] I slike tilfelle gis altså embetsmannen avskjed ved forvaltningsvedtak (ved kgl. res.); det er således ikke nødvendig å gi denne avskjed ved dom.

Det vises således til Innstilling om avskjedigelse m.v. av embetsmenn (1971) s. 11–12 [Stabel-utvalget], som – under avsnittet om avskjed med bebehold av lønn – bl.a. drøfter spørsmålet om en embetsmann uten hinder av grunnlovens § 22 kan fratras embetets funksjoner (og dermed i realiteten blir avskjediget) dersom han får beholde sin fulle lønn. ... En enstemmig litteratur har gått ut fra at en embetsmann .. må finne seg i å fratre med full lønn dersom hans stilling skal nedlegges, eller omorganiseres. Denne oppfatning kan støttes til meget sterke reelle hensyn, og dens riktighet kan neppe dras i tvil, i alle fall når det gjelder nedleggelse eller en omorganisering som har ført til opprettelse av et i realiteten nytt embete. Det forutsettes da at det dreier seg om en reell omorganisering, og ikke et kamuffert forsøk på å ramme en bestemt embetsmann.»

³³⁸ Se f.eks *Olujic v. Kroatia* (22330/05).

³³⁹ *Campbell og Fell v. Storbritannia* (7819/77 og 7878/77), avsnitt 80, hvor EMD uttalte: «It is true that the irremovability of judges by the executive during their term of office must in general be considered as a corollary of their independence and thus included in the guarantees of Article 6 para. 1[...]. However, the absence of a formal recognition of this irremovability in the law does not in itself imply lack of independence provided that it is recognised in fact and that the other necessary guarantees are present [...]»

³⁴⁰ *Sacilor Lormines v. Frankrike* (65411/01).

³⁴¹ *Ibid.*, avsnitt 65, hvor EMD fremhever at «[...] Even though there is no written provision guaranteeing the irremovability of members of the Conseil d'Etat, that guarantee exists in practice, in the same way as their independence is guaranteed by longstanding conventions [...]».

³⁴² *Clarke v. Storbritannia* (23695/02), s. 11 flg. *Lord Chancellor*, Rikskansleren i Storbritannia, er et av de høyeste embeter i den britiske regjering. *Lord Chancellor* er bl.a. leder av Overhuset og utnevnes av monarken etter råd fra statsministeren.

³⁴³ *Clarke v. Storbritannia* (23695/02), s. 11.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ *Ibid.* s. 12–13.

³⁴⁶ *Henryk Urban og Ryszard Urban v. Polen* (23614/08), avsnitt 49 flg. Det følger av dommen avsnitt 17 at kravene for å kunne bli utnevnt som tingrettsdommer var at kandidater måtte gjennomføre dommer- eller påtalemyndighetskurs med påfølgende eksamen. Etter dette var det krav om minimum tre år som assessor i en tingrett.

³⁴⁷ *Ibid.*, avsnitt 51.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ *Baka v. Ungarn* (20261/12).

³⁵⁰ *Ibid.*, se bl.a. avsnitt 172. Klageren ble de facto avsatt som både president for høyesterett og for det nasjonale domstolsrådet (*National Council of Judges*) grunnet flere lovendringer, men forble i sin stilling som dommer og president i sivilrettsavdelingen i den nye ungarske høyesterett (*Kúria*), som ble opprettet som følge av at den nye konstitusjonen trådte i kraft.

³⁵¹ *Ibid.*, avsnitt 121.

³⁵² *Ibid.*

uten at det forelå tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier mot vilkårlighet.³⁴⁶ Dette til tross for at ministeren bare kunne avskjedige midlertidige dommere dersom dette var godkjent av *the board of judges*, og det faktum at justisministeren aldri hadde benyttet seg av denne muligheten. Den polske konstitusjonsdomstolen hadde imidlertid tidligere, under henvisning til EMDs praksis, konkludert med at den polske ordningen var i strid med den polske konstitusjonen fordi de midlertidige dommerne ikke var tilstrekkelig uavhengige av justisministeren. Etter en konkret vurdering konstaterte EMD i tråd med subsidiaritetsprinsippet at det i første rekke var polske domstoler som skulle vurdere nasjonal rett, og at den polske konstitusjonen var i samsvar med de krav som kan utledes av EMK artikkel 6 nr. 1.³⁴⁷ EMD fremhevet derfor at den bare kunne komme til et annet resultat dersom den mente den polske konstitusjonsdomstolen hadde feiltolket eller anvendt konvensjonen feil, eller om den var kommet til et resultat som var «manifestly unreasonable».³⁴⁸

På grunn av sakens spesielle karakter bør den neppe tolkes dit hen at avsettellesvernet må følge av lov, så lenge det eksisterer tilstrekkelige garantier mot vilkårlig avskjedigelse av dommere. Når det er sagt, vil et lov- eller grunnlovfestet vern mot avsettelse slå positivt ut i den helhetsvurdering EMD foretar, og gjøre det nasjonale systemet mer robust mot konvensjonskrenkelser.

Enkelte europeiske land har i den senere tid vedtatt grunnlovs- og lovendringer som har medført at dommere ved disse endringenes ikrafttredelse rent faktisk er blitt avskjediget fra sine embeter, uten at det er reist formell avskjedssak mot den enkelte dommer. Dette kan være en effektiv måte å bli kvitt dommere som ikke er «systemvennlige» på, slik at det senere kan utnevnes nye og mer systemvennlige dommere.

EMDs storkammeravgjørelse *Baka v. Ungarn* er her illustrerende.³⁴⁹ Saken gjaldt en dommer som var president både i ungarsk høyesterett og det nasjonale domstolsrådet. Ulike grunnlovs- og lovendringer førte til at han *de facto* ble avsatt som president for høyesterett og det nasjonale domstolsrådet, tre og et halvt år før utløpet av hans seksårige mandatperiode.³⁵⁰

Regelendringene innebar også at han ikke hadde mulighet til å få prøvet saken for en nasjonal domstol. Han anførte derfor at avsettelsen utgjorde et brudd på hans tilgang til domstolene etter EMK artikkel 6 nr. 1. EMD kom til at lovgivningen som muliggjorde den premature avskjedigelsen, vanskelig kunne sies å ivareta *the rule of law*, all den tid lovendringene stengte for at avsettelsen kunne prøves for domstolene.³⁵¹ EMD viste også til at betydningen av rettssikker saksbehandling i saker som gjelder avskjedigelse av dommere, hadde fått en stadig mer sentral plass i internasjonale anbefalinger. På denne bakgrunn konkluderte domstolen med at Ungarn hadde krenket klagerens rett til domstolsprøving.³⁵²

EMD la videre til grunn at den reelle grunnen til de facto-avskjedigelsen av klageren var at han som ledd i sin yrkesutøvelse som president for høyesterett og det nasjonale domstolsrådet hadde uttalt seg kritisk til den foreslåtte grunnlovs- og lovreformen i landet. Reformen gjaldt blant annet rettsvesenet, herunder spørsmål knyttet til dommeres uavhengighet og uavsettelighet samt senking av pensjonsalderen for dommere. EMD mente derfor at de facto-avskjedigelsen også utgjorde et inngrep i klagerens ytringsfrihet etter EMK artikkel 10. I vurderingen av om inngrepet ivaretok et legitimt formål uttalte EMD at en

konvensjonsstat ikke kan påberope seg domstolenes uavhengighet som argument for å avslutte mandatet til en domstolleder før mandatperiodens utløp, når begrunnelsen for avslutningen ikke følger av lov, og når den heller ikke skyldes at dommeren har vært for eksempel inkompetent eller forsømt sin dommergjerning.³⁵³ EMD konkluderte med at avsettelsen av klageren vanskelig kunne forenes med prinsippet om uavsettelighet, og viste til at uavsettelighet anses som et kjerneelement i opprettholdelsen av domstolenes uavhengighet både i EMDs egen praksis og i en rekke internasjonale anbefalinger.³⁵⁴ Den premature avskjedigelsen av klageren var i dette tilfellet i strid med formålet om å ivareta domstolenes uavhengighet snarere enn å tjene dette formålet, slik staten hadde argumentert med.³⁵⁵

Saken illustrerer blant annet at EMK ikke er til hinder for å avskjedige dommere på grunn av faglig inkompetanse eller tjenesteforsømmelse, så lenge slike avskjedsgrunner følger av lov og avskjedigelsen i tillegg kan prøves for en domstol. Lovendringer som medfører at dommere rent faktisk fjernes fra sin stilling før utløpet av mandatperioden, og uten mulighet for påfølgende domstolskontroll, bryter med kjernen i retten til domstolsprøving etter EMK artikkel 6 nr. 1. Følgelig vil slik praksis også stride mot kravet om uavhengige domstoler.

10.2.3 SP

I relasjon til SP artikkel 14 har FNs menneskerettighetskomité i sin generelle kommentar understreket at stillingsvernet er en forutsetning for domstolenes uavhengighet. Komiteen anbefaler at stillingsvernet bør være lovregulert enten på lovs eller grunnlovs nivå.³⁵⁶ Komiteen anbefaler også at det bør gjelde klare vilkår for forfremmelse, forflytning, suspensjon og opphør av en dommers funksjoner.³⁵⁷

10.3 Anbefalinger

I de internasjonale anbefalingene fremheves også stillingsvern som et kjerneelement i uavhengighetsprinsippet.³⁵⁸ Det er gjennomgående anbefalt en rettslig regulering av dommers stillingsvern. Ministerkomiteen anbefaler at dommers stillingsvern bør følge av lov, mens CCJE og Venezia-kommisjonen tar til orde for at vernet bør følge av grunnloven.³⁵⁹ Ministerkomiteen mener også at en permanent tilsettelse bare bør kunne oppheves ved alvorlige brudd på disiplinærregler eller straffebestemmelser, eller der en dommer ikke lenger kan utføre sine oppgaver.³⁶⁰

Ministerkomiteen understreker at en dommer ikke bør kunne bli flyttet til en annen domstol uten samtykke, foruten i tilfeller av disiplinærreaksjoner eller omorganisering av domstolene.³⁶¹ I charteret nevnes også behov for midlertidig å styrke kompetanse i en annen domstol som grunnlag for forflytning.³⁶² Venezia-kommisjonen har et sammenfallende syn, og uttaler at forflytning av en dommer mot dommerens vilje bare bør kunne tillates i eksepsjonelle tilfeller.³⁶³

10.4 Oppsummering

Etter Grunnloven regnes dommere som uoppsigelige og kan ikke avskjediges uten etter dom. Dommere kan heller ikke forflyttes mot sin vilje. Grunnlovens tilbakevirkningsforbud

³⁵³ Ibid, avsnitt 156, hvor EMD i vurderingen av om inngrepet i klagerens yttringsfrihet hadde et legitimt formål uttalte at: "The Court accepts that changing the rules for electing the president of a country's highest judicial body with a view to reinforcing the independence of the person holding that position can be linked to the legitimate aim of "maintaining the authority and impartiality of the judiciary" within the meaning of Article 10 § 2. The Court takes the view, however, that a State Party cannot legitimately invoke the independence of the judiciary in order to justify a measure such as the premature termination of the mandate of a court president for reasons that had not been established by law and which did not relate to any grounds of professional incompetence or misconduct. The Court considers that this measure could not serve the aim of increasing the independence of the judiciary, since it was simultaneously, and for the reasons set out above [...], a consequence of the previous exercise of the right to freedom of expression by the applicant, who was the highest office-holder in the judiciary. As stated above in the context of Article 6, it was also a measure which interfered with his right to serve his full six-year term as President of the Supreme Court, as recognised under domestic law. In these circumstances, rather than serving the aim of maintaining the independence of the judiciary, the premature termination of the applicant's mandate as President of the Supreme Court appeared to be incompatible with that aim."

³⁵⁴ Ibid, avsnitt 172.

³⁵⁵ Ibid.

³⁵⁶ FN, Menneskerettighetskomiteen, *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial* (2007), avsnitt 19. Se også *Bandaranayake v. Sri Lanka* (1376/05), vist til i Joseph og Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 3. utgave, 2014, s. 451–452.

³⁵⁷ FN, Menneskerettighetskomiteen, *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial* (2007), avsnitt 19.

³⁵⁸ Se f. eks. FN, *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, (1985), punkt 12, Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 49.

³⁵⁹ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 50 og forklarende rapport avsnitt 54–55, CCJE, *Opinion no. 7 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 60 og Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)* avsnitt 43.

³⁶⁰ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 50 og forklarende rapport avsnitt 54–55.

³⁶¹ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 52 og forklarende rapport avsnitt 54–55. Tilsvarende følger av *The European Charter on the statute for judges (1998)*, punkt 3.4.

³⁶² *The European Charter on the statute for judges (1998)*, punkt 3.4.

³⁶³ Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)* avsnitt 42 og 43.

kan også ha betydning for dommeres stillingsvern, ettersom forbudet gir vern mot tilbakevirkende lovendringer.

Vern mot avsettelse er sentralt i uavhengighetskravet også etter EMK. EMD har i sin praksis lagt vekt på uavsettelighet som en forutsetning for domstolenes uavhengighet, men ikke oppstilt noe absolutt krav om at avsettelsesvernet må følge av lov, så lenge det i praksis foreligger tilstrekkelige garantier mot vilkårlighet. Grunnlov- eller lovfestet vern mot avsettelse vil imidlertid gjøre det nasjonale systemet mer robust mot konvensjonskrenkelser.

EMK er ikke til hinder for at dommere avsettes dersom avskjedigelsen skyldes faglig inkompetanse eller tjenesteforsømmelse, så lenge vilkårene for avsettelse følger av lov og avskjedigelsen i tillegg kan prøves for en domstol. Manglende domstolskontroll i slike avskjedstilfeller vil kunne være i strid med retten til domstolprøving i EMK artikkel 6 nr. 1.

De internasjonale anbefalingene er samstemte i at avsettelsesvernet bør reguleres rettslig. Ministerkomiteen anbefaler at avsettelsesvernet bør følge av lov, mens CCJE og Venezia-kommisjonen anbefaler grunnlovfesting av dette vernet. Ministerkomiteen understreker at kun alvorlige brudd på disiplinærregler, sykdom eller avgang etter dommerens eget ønske kan begrunne unntak fra det generelle avsettelsesvernet. Det er også samstemthet i de internasjonale anbefalingene om at dommere bør ha et generelt lovfestet vern mot forflytning.

«It is true that the irremovability of judges by the executive during their term of office must in general be considered as a corollary of their independence and thus included in the guarantees of Article 6 para. 1 [...].»

Campbell og Fell v. Storbritannia
(7819/77 og 7878/77), avsnitt 80

11. Utnevnesperioden

³⁶⁴ Grunnloven § 22 tredje ledd.

³⁶⁵ Domstoloven § 55e til § 55g.

³⁶⁶ Ibid § 55h. Vernet mot avskjedigelse og domskravet er imidlertid ikke grunnlovfestet slik som for fast utnevnte embetsdommere.

³⁶⁷ Det følger videre av Grunnloven § 22 tredje ledd at dommere ikke kan utnevnes på åremål.

³⁶⁸ Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 1–9, 3.* utgave 2011, s. 503, med videre henvisning til blant annet *Campbell og Fell v. Storbritannia* (7819/77 og 7878/77).

³⁶⁹ Se f.eks. *Clarke v. Storbritannia* (23695/02), s. 11.

³⁷⁰ Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 1–9, 3.* utgave 2011, s. 503 som viser til blant annet *Campbell og Fell v. Storbritannia* (7819/77 og 7878/77). Se også EMD, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (criminal limb)*, s. 16.

³⁷¹ *Maktouf og Damjanovic v. Bosnia og Hercegovina* (2312/08 og 34179/08), avsnitt 50.

³⁷² Ibid, avsnitt 48 og 50.

³⁷³ *Campbell og Fell v. Storbritannia* (7819/77 og 7878/77), avsnitt 80.

11.1 Innledning

Hvor lang periode dommere utnevnes for, er viktig i vurderingen av om det eksisterer et reelt avsettelsesvern, og dermed også for spørsmålet om dommernes uavhengighet. Utnevnesperiodens lengde er fremhevet i både de rettslig bindende kildene samt de internasjonale anbefalingene. Midlertidige dommerstillinger reiser særlige spørsmål om uavhengighet.

I Norge er utgangspunktet at embetsdommere utnevnes i faste stillinger frem til pensjonsalderen.³⁶⁴ Konstituerte dommere og dommerfullmektiger utnevnes og tilsettes imidlertid for tidsbegrensede perioder.³⁶⁵ I perioden konstitusjonen eller tilsetningen gjelder, har de det samme stillingsvernet som ordinære dommere.³⁶⁶

11.2 Rettslige rammer

11.2.1 UTGANGSPUNKTER

Det følger av Grunnloven § 22 tredje ledd at «alle embetsmenn kan uten foregående dom avskjediges når de har nådd en aldersgrense fastsatt ved lov».³⁶⁷ Sett i sammenheng med domskravet som følger av § 22 annet ledd, tilsier bestemmelsen at dommere har et grunnlovfestet vern for sin stilling frem til lovfestet pensjonsalder.

EMD stiller ikke krav om at dommere må være utnevnt for livstid eller til en spesifikt lovfastsatt alder.³⁶⁸ Hvorvidt dommere utnevnes til pensjonsalderen, er imidlertid et moment domstolen legger vekt på i en helhetsvurdering av om dommere, og dermed domstolen, er uavhengig.³⁶⁹ Åremålsutnevnelser kan aksepteres, og EMD har heller ikke oppstilt noe minimumskrav til utnevnesperiodens lengde.³⁷⁰

I *Maktouf og Damjanovic v. Bosnia og Hercegovina* godtok EMD relativt kortvarige utnevnelser av internasjonale dommere i nasjonale domstoler for å dømme i folkemordsaker. EMD la vekt på begrunnelsen for de midlertidige utnevnelserne, som var å styrke inntrykket av at domstolene var uavhengige og gjenopprette allmenhetens tillit til domstolssystemet.³⁷¹ EMD la også vekt på at dommerne ble utnevnt på internasjonalt initiativ, og at de ikke hadde noen form for tilknytning til den utøvende makt.³⁷² På denne bakgrunn fant domstolen at den korte utnevnesperioden ikke var i strid med kravet til uavhengige domstoler.

I *Campbell og Fell v. Storbritannia* anførte klageren at en disiplinærnemnd som behandlet en disiplinærsak mot ham, ikke var en uavhengig domstol etter EMK artikkel 6 nr. 1, ettersom dommerne i nemnda ble utnevnt for bare tre år av gangen. EMD uttalte at en periode på tre år er relativt kort, men dette ble likevel godtatt under henvisning til at vervet i den aktuelle disiplinærnemnda var ubetalt.³⁷³ Som i saken *Maktouf og Damjanovic v. Bosnia og*

Hercegovina tok altså EMD hensyn til begrunnelsen for tidsbegrensningen i vurderingen av hvorvidt dette var i strid med konvensjonens krav til uavhengighet.

I de to nevnte sakene vurderte EMD henholdsvis internasjonale dommere som i en overgangsperiode tjenestegjorde i en nasjonal domstol, og medlemmer av en fengselsnemnd som hadde en dømmende funksjon. Dommene har dermed ikke nødvendigvis direkte overføringsverdi til ordinære domstoler, som utredningen her omfatter.³⁷⁴ I EMDs saker om utnevnellesperiodens lengde har det ofte dreid seg om organer som skiller seg fra ordinære domstoler. EMD har ikke tatt eksplisitt stilling til utnevnellesperiodens lengde når det gjelder ordinære domstoler, antakelig fordi de fleste medlemsstater har konstitusjonelle garantier som gjør at spørsmålet ikke er kommet opp der.³⁷⁵

I relasjon til SP artikkel 14 har også FNs menneskerettighetskomité lagt vekt på ansettelsesperiodens lengde. Det oppstilles ikke krav om at dommere utnevnes på livstid, men ansettelsesperioden bør være av en viss varighet, helst flere år.³⁷⁶

11.2.2 MIDLERTIDIGE DOMMERE

Det følger av langvarig praksis at Grunnloven ikke er til hinder for midlertidige tilsettelser, selv om de som tilsettes slik, ikke har det samme grunnlovfestede stillingsvernet som embetsdommere.³⁷⁷ Dette er aktuelt ved midlertidige dommertilsettelser, slik som dommerkonstitusjoner eller dommerfullmektiger.³⁷⁸

EMD har i sin praksis godtatt midlertidige dommertilsettelser så lenge dommernes stillingsvern er sikret innenfor tilsettingsperioden.³⁷⁹ I *Stieringer v. Tyskland* kom menneskerettskomisjonen til at en prøvetidsordning for dommere ikke utgjorde noen krenkelse av artikkel 6 nr. 1.³⁸⁰ Det ble blant annet vist til at prøveordningen var lovregulert og reflekterte de konstitusjonelle begrensningene for bruk av midlertidige dommere, som også var stadfestet i rettspraksis fra den føderale domstolen.³⁸¹ Den nasjonale domstolen hadde lagt til grunn at de midlertidige dommernes interne uavhengighet var tilstrekkelig ivaretatt, og begrunnet dette med at løsningen hadde vært nødvendig for å opprettholde domstolenes virke i overgangsperioden etter gjenforeningen av Øst- og Vest-Tyskland.³⁸² Komisjonen uttalte at det i vurderingen av om bruken av midlertidige dommer er i tråd med uavhengighetskravet, ikke bare må ses hen til aktuelle lovbestemmelser, men også til hvordan disse rent faktisk tolkes og fungerer i praksis. I denne forbindelse understreket komisjonen at prøvetidsordningen også tjente som opplæring og utvelgelse av kandidater til permanente dommeransettelser, samt som et supplement til domstolene, som kunne nyttiggjøre seg av de midlertidige dommerne og deres funksjoner. Det ble lagt vekt på at de midlertidige dommerne var sikret alle garantier for objektiv uavhengighet ved utøvelse av sine dømmende funksjoner.³⁸³

I *Kleuver v. Norge* uttalte EMD seg om den norske ordningen med dommerkonstitusjoner.³⁸⁴ Domstolen vurderte om en dommer som ved to tidligere anledninger hadde vært konstituert som høyesterettsdommer, var tilstrekkelig upartisk og uavhengig.³⁸⁵ EMD la vekt på at dommeren til vanlig hadde fast embete som dommer i lagmannsretten og dermed var sikret de samme garantier for uavhengighet som permanente dommere, herunder stillingsvern.³⁸⁶ I tillegg ble det understreket at begge konstitusjonene gjaldt for klart avgrensede

³⁷⁴ Domstolsbegrepet som omfattes av EMK art. 6, er videre enn det som er temaet for denne utredningen. Begrepet *tribunal* i EMK artikkel 6 nr. 1 omfatter de tradisjonelle domstolene, men også organer utenfor det tradisjonelle domstolhierarkiet kan være et *tribunal* i artikkel 6 nr. 1s forstand. Vilåret er at organet oppfyller grunnleggende krav til uavhengighet, at det er en viss lengde på utnevnellesperioden til organets medlemmer, og visse minstegarantier med hensyn til prosess. Det stilles videre krav om at organet må avgjøre saker på sitt kompetanseområde på grunnlag av rettsregler og etter en fastlagt prosessmåte. Dette innebærer at organer som fyller de nevnte krav, anses som en domstol (*tribunal*) i EMKs forstand selv om organet ikke betegnes som en domstol nasjonalt, og for eksempel regnes som en del av forvaltningen. Videre er det slik at dersom det kan stilles spørsmål ved om et organ oppfyller kravene for å anses som en domstol, kan dette repareres dersom organets beslutninger kan være gjenstand for etterfølgende kontroll av et domstolsorgan som har full adgang til å prøve sakens faktiske og rettslige sider. Se Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 1–9*, 3. udgave 2011 s. 495–496.

³⁷⁵ Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 1–9*, 3. udgave 2011 s. 503.

³⁷⁶ Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights (1993)*, s. 320.

³⁷⁷ Se Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave (2017) s. 255. Se også domstoloven § 52.

³⁷⁸ Midlertidige dommere, herunder konstituerte dommere, dommer- og jordskiftefullmektiger, har det samme stillingsvern som ordinære dommere i den perioden konstitusjonen eller tilsetningen gjelder, men midlertidige dommere må fratre uten oppsigelse etter periodens utløp, jf. domstoloven § 55h jf. § 55 femte ledd. Det finnes ulike typer dommerkonstitusjoner. Konstitusjoner av allerede fast utnevnte embetsdommere i andre domstoler enn den domstolen de er utnevnt i, jf. domstoloven § 55e, skiller seg fra konstitusjoner som gis personer utenfor domstolene og som konstitueres for en begrenset periode, jf. domstoloven § 55f. I førstnevnte tilfelle vil den konstituerte dommeren nyte det stillingsvern som følger av sitt opprinnelige dommerembete, mens dommere som er konstituert etter domstoloven § 55f, har stillingsvern etter domstoloven § 55h.

³⁷⁹ Engstad, «Dommernes uavhengighet i en utkant av Europa», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 273, med videre henvisninger til Jebens, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo 2004 s. 332.

³⁸⁰ *Stieringer v. Tyskland* (28899/95). Saken gjaldt blant annet spørsmål om ordningen i tysk rett, hvor midlertidige dommere hadde en prøveperiode på tre år før vurdering om permanent stilling, var i strid med kravet til uavhengighet i EMK art. 6 nr. 1. Den europeiske menneskerettiskommisjon ble inkorporert i Den europeiske menneskerettsdomstol i 1998.

³⁸¹ *Stieringer v. Tyskland* (28899/95), s. 18. Etter denne rettspraksisen fulgte det at midlertidige dommere som kunne avskjediges i prøveperioden, ikke fullt ut hadde de samme garantier for uavhengighet som faste dommere. Slike midlertidige ordninger måtte derfor bare benyttes unntaksvis, for eksempel ved behov for opplæring av dommere, eller andre viktige grunner.

³⁸² *Ibid* s. 19.

³⁸³ *Ibid*.

³⁸⁴ *Kleuver v. Norge* (decision 45837/99). Se også omtale i punkt 9.2.1 over.

³⁸⁵ *Ibid* s. 9.

³⁸⁶ *Ibid* s. 10.

perioder, med det formål å erstatte medlemmer av Høyesterett.³⁸⁷ I lys av dette fant EMD at de to relativt korte konstitusjonene ikke kunne så tvil om dommerens uavhengighet og upartiskhet.³⁸⁸

Hvorvidt midlertidige dommere i praksis er sikret et stillingsvern i perioden de er tilsatt for, synes altså å være et moment EMD legger vekt på i sin helhetsvurdering. Andre momenter som synes vektlagt, er den midlertidige stillingens lengde samt hvilket formål den er ment å tjene.

11.3 Anbefalinger

11.3.1 UTGANGSPUNKTER

Flere av anbefalingene fremhever betydningen av permanente dommerutnevnelser.³⁸⁹ Ministerkomiteen viser til at dommere bør være garantert stillingsvern frem til obligatorisk pensjonsalder, i de stater som benytter seg av en slik ordning.³⁹⁰ Før tidspensjon bør bare kunne innvilges på forespørsel fra den berørte dommer, eller av medisinske årsaker.³⁹¹

Charteret gjenspeiler i stor grad Ministerkomiteens syn.³⁹² CCJE bemerker at fulltidsansettelser inntil lovpålagt pensjonsalder er vanlig praksis i europeiske land, og at dette er den ordningen som er minst problematisk hensett til kravet om uavhengighet.³⁹³

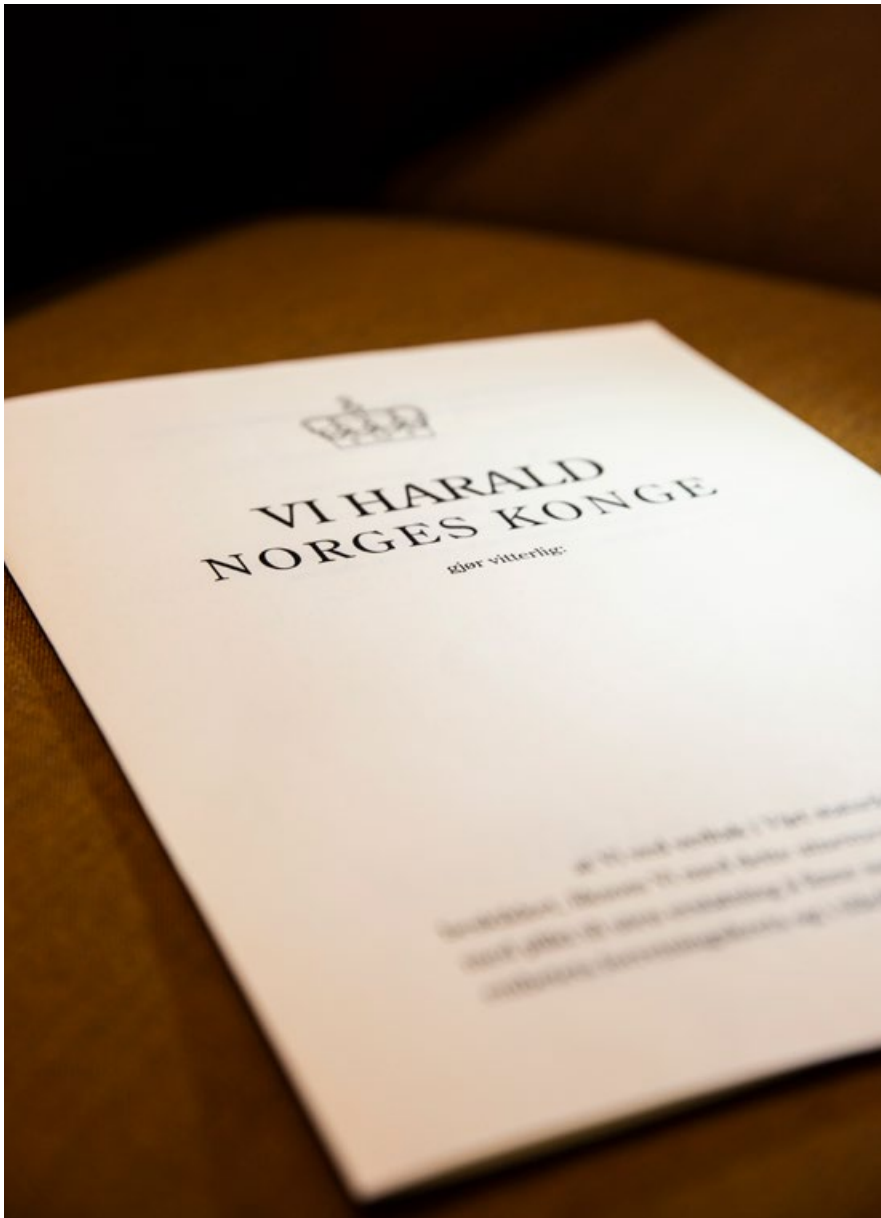
Veneziakommisjonen anbefaler også at ansettelsesperioden bør vare frem til lovpålagt pensjonsalder, foruten i spesielle tilfeller ved dommerutnevnelser til konstitusjonsdomstoler.³⁹⁴ Grunnen til at dommere i konstitusjonsdomstoler unntas fra den generelle anbefalingen om at utnevnelsesperioden bør vare til lovpålagt pensjonsalder, er at slike dommere har en særskilt politisk funksjon og makt.³⁹⁵

11.3.2 MIDLERTIDIGE DOMMERE

Ministerkomiteen aksepterer midlertidige dommertilsetninger såfremt utnevnelserne skjer gjennom betryggende prosedyrer. Komiteen poengterer at der rekruttering til domstolene skjer ved prøvetidsordning eller for en avgrenset tidsperiode, bør avgjørelse om å forlenge en slik tilsettelse fattes i tråd med de krav som gjelder ved utvelgelse av faste dommere for å sikre at prinsippet om domstolenes uavhengighet respekteres fullt ut.³⁹⁶

Veneziakommisjonen har uttalt at prøvetidsordninger for dommere er problematisk i lys av uavhengighetskravet.³⁹⁷ Kommisjonen fremhever at det er en risiko for at slike prøveperioder undergraver dommernes uavhengighet fordi midlertidig tilsatte dommere kan føle press med hensyn til å pådømme saken i en særlig retning.³⁹⁸ Veneziakommisjonen utelukker likevel ikke at statene kan ha behov for ordninger med midlertidige dommertilsetninger. Det fremheves for eksempel at nyere demokratier kan ha et legitimt behov for å etablere prøveordninger for dommere, for å kunne vurdere dommernes kvalifikasjoner før en eventuell permanent tilsettelse. Kommisjonen understreker imidlertid at dersom slike prøveperioder er nødvendige, må en eventuell avgjørelse om ikke å gi fast ansettelse til en dommer, bygge på objektive kriterier og være underlagt de samme prosessuelle garantier som gjelder i tilfeller hvor en ordinær dommer fjernes fra sin stilling.³⁹⁹

CCJE har relativt detaljerte anbefalinger om hvordan statene bør gå frem ved fornyelse av en prøveperiode, eller ved gjenutnevning av en dommer. CCJE mener at midlertidige dommerutnevnelser ikke bør forlenges med mindre det finnes prosedyrer som sikrer at gjenutnevning av dommeren foretas av den myndighet som utnevner dommere, og at gjenutnevningen skjer på bakgrunn av objektive kriterier.⁴⁰⁰ I charteret fremheves det at kompetansen til å avgjøre spørsmål om utnevning/gjenutnevning bør tilligge et uavhengig organ.⁴⁰¹



³⁸⁷ Ibid.

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ Se f.eks. Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 38.

³⁹⁰ Ministerkomiteen skiller mellom *security of tenure* og *irremovability*. Begge disse kategoriene behandles i det videre under samlebetegnelsen *stillingsvern*. Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 49 og forklarende rapport avsnitt 54–55.

³⁹¹ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 50 og forklarende rapport avsnitt 54–55.

³⁹² *The European Charter on the statute for judges (1998)*, punkt 7.1, jf. punkt 5.1. Her fremgår det at en dommer opphører å utøve sitt embete som dommer først gjennom oppsigelse, medisinsk attest på fysisk usikkerhet, at aldersgrensen nås, at den fastlagte ansettelsesperioden utløper, eller gjennom avskjedigelse i tråd med de retningslinjer som gjelder der avskjedigelse begrunnes i alvorlig forsømmelse av de dømmende plikter. Se også Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)* avsnitt 39–42, som viser til *The European Charter on the statute for judges (1998)*, punkt 3.4 og CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges* avsnitt 60, og fastslår at dette sammenfaller med Kommisjonens syn.

³⁹³ CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 48.

³⁹⁴ Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I, The Independence of Judges (2010)* avsnitt 35, hvor det vises til CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 48 og 53. Det fastslås at det som kommer til uttrykk her, sammenfaller med Venezia-kommisjonens syn.

³⁹⁵ Veneziakommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I, The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 35 og Veneziakommisjonen, *The Composition of Constitutional Courts – Science and Technique of Democracy*, no. 20 (1997) punkt 4.2 flg. I e-post av 28. august 2018 fra Eirik Holmøyvik (professor UiB og varamedlem i Veneziakommisjonen) til NIM, fremgår det at grensen ikke alltid er like skarp, idet noen ordinære domstoler også kan ha den samme kompetansen som konstitusjonsdomstoler har. Det fremgår videre at Veneziakommisjonen ikke har behandlet dette grundig, men lagt det til grunn som selvsagt i de ovennevnte rapportene. Det er ikke uvanlig at dommere i konstitusjonsdomstoler utnevnes på åremål som ikke kan forlenges, med den begrunnelse at slike domstoler er så vidt politiske og har så stor makt at det ikke er ønskelig med permanente embetsdommere. Det er heller ikke uvanlig at dommere i konstitusjonsdomstoler utnevnes av, eller må godkjennes av, parlamentet. Dette er blant annet tilfellet i Tyskland.

³⁹⁶ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 44 og 51 og forklarende rapport avsnitt 54–55.

³⁹⁷ Veneziakommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)* avsnitt 40. I anbefalingen benyttes termen *probationary periods*.

³⁹⁸ *Ibid.* Kommisjonen viser til *The European Charter on the statute for judges (1998)*, punkt 3.3 hva gjelder prøveperiode for dommere, samt til Kommisjonens egen anbefaling i avsnittene 40–43.

³⁹⁹ Veneziakommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 41. Kommisjonen poengterer imidlertid i avsnitt 42 at det er gjennomgående vanskelig å forene dommers uavhengighet med et system for ytelsesvurdering. Kommisjonen uttaler at dersom det må velges mellom disse to, må dommernes rettslige uavhengighet være det avgjørende.

⁴⁰⁰ CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 52.

⁴⁰¹ *The European Charter on the statute for judges (1998)*, punkt 3.3.

11.4 Oppsummering

Etter Grunnloven § 22 har dommere som utgangspunkt vern for sin stilling frem til pensjonsalderen.

Hverken EMK artikkel 6 eller SP artikkel 14 oppstiller et eksplisitt krav om at dommere må utnevnes på livstid, eller et krav om slik regulering i nasjonal rett. Det er likevel klart at dersom dommere utnevnes til pensjonsalderen, er dette et moment som vil slå positivt ut i den helhetsvurdering EMD foretar av om domstolen og den enkelte dommer er uavhengig etter EMK artikkel 6.

Samtlige anbefalinger understreker betydningen av permanente dommerutnevnelser for å sikre reell uavhengighet.

Adgangen til å benytte seg av midlertidige dommere er imidlertid ikke avskåret hverken av EMK eller i de internasjonale anbefalingene. I de internasjonale anbefalingene understrekes det at midlertidige tilsetninger må skje ved betryggende prosedyrer. Veneziakommisjonen har uttalt seg kritisk til bruken av prøvetidsordninger og mener disse kan utgjøre en reell trussel mot domstolenes uavhengighet.

«Security of tenure and irremovability are key elements of the independence of judges. Accordingly, judges should have guaranteed tenure until a mandatory retirement age, where such exists.»

Europarådet, Ministerkomiteen
Recommendation CM/Rec(2010)12,
Judges: independence, efficiency and
responsibility, avsnitt 49

12. Ansvarliggjøring av dommere

⁴⁰² Engstad, «Dommernes uavhengighet i en utkant av Europa», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 287.

⁴⁰³ <https://www.domstol.no/no/tilsynsutvalget-for-dommere/Etiske-retningslinjer/> (sist lastet 24. september 2018).

⁴⁰⁴ Veneziakommisjonen, *Moldova, Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court on the Right of Recourse by the State against Judges (2016)*, avsnitt 16.

⁴⁰⁵ Domstoloven § 235 første ledd.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

12.1 Innledning

All offentlig maktbruk skjer under rettslig ansvar. Selv om domstolene skal være uavhengige, er de ikke fritatt fra dette utgangspunktet.

Staten har en plikt til å sikre domstolenes uavhengighet. På den andre siden stiller uavhengigheten også visse krav til dommers opptreden og handlemåte. Dommere har ansvar for å ivareta sin uavhengighet og for å opptre upartisk og med rimelig hurtighet i den enkelte sak.⁴⁰² I dette ligger også at en dommer bør opptre på en måte som inngir alminnelig tillit og respekt, slik at domstolen og den enkelte dommer også utad fremstår som uavhengige og upartiske. De fleste europeiske land har derfor innført etiske prinsipper for dommeradferd.⁴⁰³

Dommere kan svikte i utøvelsen av sine funksjoner. Dersom svikten gjelder rettsanvendelsen, vil dette i de fleste tilfeller kunne avhjelpes ved at avgjørelsen kan ankes inn for en høyere rettsinstans. For å sikre tilliten til domstolssystemet, må også andre kritikkverdige handlinger og unnlaterelser fra dommere kunne møtes med reaksjoner. Men reaksjonssystemer mot dommere kan også brukes til å øve utilbørlig press mot dommere, både fra de øvrige statsmaktene og fra partene i saken. Reaksjonssystemet bør derfor sikre at domstolenes og den enkelte dommers uavhengighet ivaretas.

Dommere har et særskilt stillingsvern, herunder vern mot avsettelse. Dette er nærmere omtalt i kapittel 10 over. I dette kapittelet gjennomgås rettslige rammer og anbefalinger som angår tre forhold: disiplinærreaksjoner mot dommere (punkt 12.2), og i hvilken utstrekning dommere kan holdes sivilrettslig (punkt 12.3) og strafferettslig (punkt 12.4) ansvarlig for sine tjenestehandlinger.

12.2 Disiplinærreaksjoner

12.2.1 INNLEDNING

De fleste land i Europa har systemer for å ilegge dommere disiplinærreaksjoner.⁴⁰⁴ Dette er også omhandlet i de internasjonale anbefalingene.

I Norge er det Tilsynsutvalget for dommere som behandler klager og vurderer disiplinærtiltak mot dommere.⁴⁰⁵ Tilsynsutvalget består av to dommere, en advokat og to medlemmer som representerer allmennheten, som alle oppnevnes av Kongen i statsråd.⁴⁰⁶ Sekretariatet er lagt til Domstoladministrasjonen. Tilsynsutvalget kan treffe vedtak om disiplinærtiltak

dersom en dommer «forsettlig eller uaktsomt overtrer de plikter som stillingen medfører, eller for øvrig opptre i strid med god dommerskikk.»⁴⁰⁷ Tilsynsutvalgets vedtak kan ikke påklages etter forvaltningslovens regler, men kan bringes inn for domstolene ved søksmål.⁴⁰⁸ Retten kan bare prøve vedtakets lovlighet.⁴⁰⁹ Etter domstoloven har en part rett til å forklare seg muntlig for Tilsynsutvalget.⁴¹⁰ Tilsynsutvalgets møter holdes for lukkede dører, med mindre annet er bestemt.⁴¹¹

12.2.2 I HVILKE TILFELLER?

I anbefalingene gis det føringer for hva slags forsømmelser som kan danne grunnlag for disiplinærreaksjoner mot dommere.

Av Ministerkomiteens rekommandasjon følger det at en dommer ikke bør holdes ansvarlig for feil ved sin lovtolkning, vurdering av faktum eller bevisvurdering, hverken sivilrettslig eller ved disiplinærreaksjoner, med mindre dommeren har utvist forsett eller grov uaktsomhet i tjenesten.⁴¹² Men en dommer kan få disiplinærreaksjoner mot seg dersom vedkommende ikke ivaretar oppgavene sine på en effektiv og god måte.⁴¹³ Det anbefales med andre ord en forholdsvis høy terskel for å legge dommere disiplinærreaksjoner knyttet til feil ved lovtolkning, faktumsvurdering og bevisvurdering, mens terskelen synes lavere for andre typer forsømmelser, for eksempel dersom en dommer opptre i strid med god dommerskikk eller ved lang saksbehandlingstid.

Også CCJE anbefaler at terskelen for å legge dommere disiplinærreaksjoner bør være forholdsvis høy. CCJE fremhever at disiplinærreaksjoner kun bør iverksettes i tilfeller hvor dommerens forsømmelser har vært «serious and flagrant, in a way which cannot be posited simply because there has been a failure to observe professional standards [...]».⁴¹⁴

Ut over dette fremhever både CCJE og Venezia-kommisjonen at hvilken adferd som kan gi grunnlag for disiplinærreaksjoner, bør være fastsatt i lov.⁴¹⁵ CCJE mener dette alternativt også kan fremgå av lovgivning av høyeste rang, som for eksempel landets konstitusjon.⁴¹⁶ Hensynet til klarhet og forutberegnelighet om hva slags type adferd som kan føre til disiplinærreaksjoner, er også fremhevet av Venezia-kommisjonen, og Kommisjonen anbefaler at vage og vide kriterier bør unngås.⁴¹⁷ Det fremgår videre av både CCJEs anbefalinger og av charteret at de tilgjengelige reaksjonsformene i disiplinærsaker bør være fastsatt i lov, og at reaksjonen må stå i forhold til overtredelsen.⁴¹⁸ Det bør med andre ord gjelde et proporsjonalitetsprinsipp.

Behovet for etablerte standarder for dommeradferd er også fremhevet i FNs Basic Principles, hvor det fremgår at disiplinærreaksjoner må besluttes på bakgrunn av slike forhåndsfastsatte standarder.⁴¹⁹

12.2.3 DISIPLINÆRORGANET

12.2.3.1 Rettslige rammer

Det følger av EMDs praksis at EMK artikkel 6 nr. 1 kommer til anvendelse på saker om disiplinærreaksjoner mot dommere med mindre annet er særlig fastsatt.⁴²⁰

⁴⁰⁷ Ibid § 236 første ledd.

⁴⁰⁸ Ibid § 239 første og annet ledd.

⁴⁰⁹ Ibid § 239 tredje ledd. Den nærmere prøvingsadgangen er presisert slik i Anders Bøhn, Norsk lovkommentar på Rettsdata.no (revidert 03.02.2016): «Domstolen kan prøve lovligheten av vedtaket, om saksbehandlingsreglene er fulgt og det faktiske grunnlaget for vedtaket, dvs. utvalgets bevisbedømmelse. Ved prøving av lovligheten vil domstolen både kunne prøve lovtolkningen og den konkrete lovbruken, dvs. om dommeren i det enkelte tilfellet har overtrådt plikter som stillingen medfører eller opptråd i strid med god dommerskikk, jf. § 236 første ledd. Det som ikke kan prøves, er kan-skjønn, dvs. om bruddet bør medføre sanksjon eller ikke og valget av sanksjon.»

⁴¹⁰ Domstoloven § 238 annet ledd.

⁴¹¹ Ibid § 238 fjerde ledd.

⁴¹² Europarådet, Ministerkomiteen, Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility, avsnitt 66.

⁴¹³ Ibid, avsnitt 69.

⁴¹⁴ CCJE, Opinion No. 3 (2002) on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality, avsnitt 60. Se også CCJE, Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society, avsnitt 63, hvor det fremgår at "[a] judge who neglects his/her cases through indolence or who is blatantly incompetent when dealing with them should face disciplinary sanctions."

⁴¹⁵ Venezia-kommisjonen, *Rule of Law Checklist (2016)*, avsnitt 78, CCJE, *Opinion No. 3 on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality*, avsnitt 77 i), og CCJE *Magna Carta of Judges* punkt 19. Det er for øvrig et hovedbudskap i CCJEs anbefalinger at det er behov for et tydelig skille mellom spørsmål om dommeretikk og disiplinærreaksjoner, se for eksempel CCJE, *Opinion No. 3 on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality*, avsnitt 60. Ifølge CCJE bør dommere veiledes av skrevne prinsipper for dommeradferd, og slike prinsipper bør holdes klart atskilt fra regler om disiplinæransvar. Skrevne prinsipper for dommeradferd stiller gjennomgående høyere krav til adferden enn det som kreves for at en dommer skal unngå disiplinærtiltak, jf. e-post av 8. september 2018 fra Nils Asbjørn Engstad (lagdommer i Hålogaland lagmannsrett og tidligere president i CCJE) til NIM.

⁴¹⁶ CCJE, *Opinion No. 3 (2002) on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality*, avsnitt 77 i), og CCJE *Magna Carta of Judges* punkt 19, hvor det fremgår at hvilken adferd som kan gi grunnlag for disiplinærreaksjoner også kan være fastsatt i «fundamental charter applicable to judges». I e-post av 12. september 2018 fra Nils Asbjørn Engstad (lagdommer i Hålogaland lagmannsrett og tidligere president i CCJE) til NIM, fremgår det at det med uttrykket «fundamental charter applicable to judges» siktes til «organic law eller 'constitution', eller med andre ord lovgivning av høyeste rang».

⁴¹⁷ Se *Oleksandr Volkov v. Ukraina* (21722/11), avsnitt 79 (s. 21), hvor det fremgår at Venezia-kommisjonen i en landrapport til Ukraina (CDL-AD(2010)029) har uttalt at «[p]recision and foreseeability of the grounds for disciplinary liability is desirable for legal certainty and particularly to safeguard the independence of the judges; therefore an effort should be made to avoid vague grounds or broad definitions.»

Det oppstilles med andre ord et krav om at disiplinærsaker som utgangspunkt skal avgjøres av et organ som oppfyller kravene i EMK artikkel 6 til en uavhengig domstol (*tribunal*).⁴²¹ I dette ligger det at enten disiplinærorganet selv må oppfylle disse vilkårene, eller at dets beslutninger må kunne være gjenstand for etterfølgende kontroll av et domstolorgan som fullt ut tilfredsstillende disse vilkårene og med full prøvingsrett.⁴²²

Når EMD tar stilling til om disiplinærorganet er uavhengig og upartisk etter EMK artikkel 6, tar den utgangspunkt i de samme momentene som generelt kan utledes av kravet til uavhengige domstoler.⁴²³ Se nærmere om dette i punkt 3.3.1. I flere stater er disiplinærmyndigheten lagt til et domstolsråd eller et annet uavhengig organ. EMD legger særlig vekt på prosedyrene for utnevning av medlemmer og andelen dommermedlemmer, i sin vurdering av om disiplinærorganet kan anses som uavhengig etter EMK artikkel 6 nr. 1. I saken *Oleksandr Volkov v. Ukraina* uttalte domstolen følgende:⁴²⁴

«The Court has held that where at least half of the membership of a tribunal is composed of judges, including the chairman with a casting vote, this will be a strong indicator of impartiality [...]. It is appropriate to note that with respect to disciplinary proceedings against judges, the need for substantial representation of judges on the relevant disciplinary body has been recognised in the European Charter on the statute for judges [...].»

I denne saken kom EMD til at disiplinærsaken mot en ukrainsk dommer ikke var avgjort av en uavhengig domstol. EMD la blant annet vekt på at dommerandelen i det ukrainske domstolsrådet var svært lav, og at de øvrige medlemmene av domstolsrådet i stor utstrekning var utnevnt av utøvende eller lovgivende makt. EMD kom også til at den manglende uavhengigheten ved domstolsrådet ikke var reparert ved den etterfølgende behandlingen av saken i parlamentet, eller av ankebehandlingen i The Higher Administrative Court.

Kravet til dommerandelen i beslutningsorganet ble ytterligere understreket av EMD i *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*.⁴²⁵ At dommerne var i mindretall i det portugisiske domstolsrådet, som blant annet hadde et ansvar for disiplinærreaksjoner, sto i et problematisk forhold til uavhengighetskravet i EMK artikkel 6. nr 1.⁴²⁶ EMD la i stor grad vekt på de internasjonale anbefalingene i sin vurdering av det portugisiske disiplinærorganet. Avgjørelsen er klaget inn for EMDs storkammer, og er i derfor ikke rettskraftig.⁴²⁷

12.2.3.2 Anbefalinger

Både Ministerkomiteen, Venezia-kommisjonen og CCJE har fremhevet at ansvaret for disiplinærsaker bør legges til et uavhengig organ eller en domstol.⁴²⁸

Ministerkomiteen omtaler ikke nærmere hva slags uavhengig organ denne disiplinærmyndigheten bør legges til dersom den ikke skal være i en domstol. Ut fra sammenhengen i anbefalingen og hva som ellers fremgår av den forklarende rapporten, er det likevel nærliggende å anta at det her siktes til et uavhengig domstolsråd.⁴²⁹ Det samme følger av anbefalingen fra Venezia-kommisjonen.⁴³⁰ Hva et domstolsråd er, og den nærmere sammenheng av slike domstolsråd, omtales nærmere i kapittel 7.

ENCJ skisserer flere alternativer til hvilket organ som bør ha ansvar for disiplinærreaksjoner, og viser til at disiplinærfunksjonen kan ligge i et domstolsråd eller i en uavhengig nasjonal disiplinærnemnd eller -komité, så lenge organet er uavhengig av utøvende og lovgivende makt.⁴³¹ ENCJ anbefaler videre at beslutningsorganet for disiplinærsaker bør lovreguleres, og at det bør bestå av et flertall av dommere.⁴³²

CCJE anbefaler at i de tilfellene hvor disiplinærmyndigheten i første instans ikke er lagt til en disiplinærdomstol, bør den fortrinnsvis legges til en uavhengig kommisjon som er sammensatt med en stor dommerandel som er valgt av dommere.⁴³³ Det synes videre som CCJE mener at domstolsrådet bør ha en rolle når det gjelder utnevnelsen av de øvrige medlemmene til det uavhengige disiplinærorganet.⁴³⁴ Videre bør ikke statsoverhodet, justisministeren eller andre representanter fra politiske myndigheter være medlemmer i disiplinærorganet.⁴³⁵ Venezia-kommisjonen mener også, i likhet med CCJE, at landets justisminister ikke bør delta i domstolsrådets beslutninger i disiplinærsaker, selv om kommisjonen generelt åpner for at utøvende makt kan være representert i domstolsrådet.⁴³⁶

CCJE presiserer videre at statene bør vurdere å opprette et eget organ med ansvar for å motta klager på dommere, og innhente innklaget dommers syn, før det vurderes om det er grunnlag for å igangsette disiplinærprosedyre.⁴³⁷ Også charteret og ENCJ har anbefalinger knyttet til et slikt organ.⁴³⁸

12.2.4 PROSESS

12.2.4.1 Rettslige rammer

Ettersom EMK artikkel 6 nr. 1 i utgangspunktet kommer til anvendelse ved disiplinærsaker mot dommere, utløses det også et krav om at prosessene i disse sakene må være i samsvar med EMKs krav til rettfærdig rettergang.

Også SP artikkel 14 oppstiller krav om at prosessen rundt disiplinærreaksjoner må ivareta kravene til rettfærdig rettergang. I en individklage mot Østerrike, i forbindelse med en sak som omhandlet en disiplinærkommisjon for kommunalt ansatte, uttalte FN's menneskerettighetskomité følgende:⁴³⁹

«[W]henever, as in the present case, a judicial body is entrusted with the task of deciding on the imposition of disciplinary measures, it must respect the guarantee of equality of all persons before the courts and tribunals as enshrined in article 14, paragraph 1, and the principles of impartiality, fairness and equality of arms implicit in this guarantee.»

Det ligger i dette at disiplinærprosessen må sikre likhet for loven og en rettfærdig rettergang etter SP artikkel 14 nr. 1.

12.2.4.2 Anbefalinger

De internasjonale anbefalingene stiller, i likhet med det som kan utledes av EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14, krav til prosessen for disiplinærsaker mot dommere. For eksempel fremhever Ministerkomiteen at prosessen må tilfredsstille kravet til rettfærdig rettergang og at det bør være mulighet til å anke avgjørelsen i disiplinærsaken videre.⁴⁴⁰ Det samme følger

⁴¹⁸ CCJE, *Opinion No. 3 (2002) on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality*, avsnitt 74, med videre henvisning til *The European Charter on the statute for judges (1998)*, avsnitt 5.1.

⁴¹⁹ FN, *Basic Principles on the Independence of the Judiciary (1985)*, punkt 19.

⁴²⁰ *Oleksandr Volkov v. Ukraina* (21722/11), avsnitt 87 med videre henvisninger. For at EMK art. 6 nr. 1 ikke skal komme til anvendelse er det et krav at nasjonal rett eksplisitt har unntatt domstolsprøving (*access to court*) for denne kategorien ansatte og at dette er begrunnet med objektive grunner i statens interesse. Se *Vilho Eskelinen og andre v. Finland* (63235/00), avsnitt 62, hvor hva som ligger i «objektive grunner i statens interesse» («objective grounds in the State's interest») er beskrevet slik: «The mere fact that the applicant in a sector or department which participates in the exercise of power conferred by public law is not in itself decisive. In order for the exclusion to be justified, it is not enough for the State to establish that the civil servant in question participates in the exercise of public power or that there exists, to use the words of the Court in *Pellegrin*, a "special bond of trust and loyalty" between the civil servant and the State, as employer. It is also for the State to show that the subject matter of the dispute in issue is related to the exercise of State power or that it has called into question the special bond.»

⁴²¹ Begrepet *tribunal* i EMK art. 6 nr. 1 omfatter de tradisjonelle domstolene, men også organer utenfor det tradisjonelle domstolhierarkiet kan være et *tribunal* i art. 6 nr. 1s forstand. Vilkkåret er at organet oppfyller grunnleggende krav til uavhengighet, at det er en viss lengde på utnevnesperioden til organets medlemmer, og visse minstegarantier med hensyn til prosess. Det stilles videre krav om at organet må avgjøre saker på sitt kompetanseområde på grunnlag av rettsregler og etter en fastlagt prosessmåte. Dette innebærer at organer som fyller de nevnte krav, anses som en domstol (*tribunal*) i EMKs forstand selv om organet ikke betegnes som en domstol nasjonalt, og for eksempel regnes som en del av forvaltningen. Videre er det slik at dersom det kan stilles spørsmål ved om et organ oppfyller kravene for å anses som en domstol, kan dette repareres dersom organets beslutninger kan være gjenstand for etterfølgende kontroll av et domstolsorgan som har full adgang til å prøve sakens faktiske og rettslige sider. Se Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 1–9*, 3. udgave 2011 s. 495–496.

⁴²² Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 1–9*, 3. udgave 2011 s. 495–496. For en nærmere beskrivelse av hva EMD legger i et organ som har full prøvingsrett, se EMD, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb)* (2018), s. 31 flg. med videre henvisninger.

⁴²³ *Oleksandr Volkov v. Ukraina* (21722/11), avsnitt 103–108.

⁴²⁴ *Ibid*, avsnitt 109.

⁴²⁵ *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* (55391/13, 57728/13 og 74041/13).

⁴²⁶ *Ibid*, avsnitt 79.

⁴²⁷ Pr. 24. september 2018.

mer eller mindre av de øvrige anbefalingene fra Europarådets organer, og er også i tråd med det som kan utledes av praksis fra EMD og FNs menneskerettighetskomité.

FNs Basic Principles er spesielt detaljerte når det gjelder kravene til prosessen i disiplinærsakene. Også her fremheves det at klager mot dommere skal behandles raskt og rettferdig i tråd med prinsipper om rettferdig rettergang.⁴⁴¹ Granskning av saken i dens innledende stadier skal være konfidensiell, med mindre dommeren selv har bedt om noe annet.⁴⁴² Det fremheves at saker om disiplinærsanksjoner skal være gjenstand for uavhengig prøving, med mindre avgjørelsen er truffet av statens øverste domstol, ved riksrett eller lignende.⁴⁴³

12.2.5 OPPSUMMERING

EMK artikkel 6 nr. 1 kommer i utgangspunktet til anvendelse på disiplinærsaker mot dommere. Dette medfører at slike saker må avgjøres av et uavhengig organ som oppfyller kravene til *tribunal* etter EMK artikkel 6 nr. 1. I dette ligger det at enten disiplinærorganet selv må oppfylle disse vilkårene, eller at dets beslutninger må kunne prøves av et domstolorgan som tilfredsstiller disse vilkårene og har full prøvingsrett. Det følger videre av både EMK og SP at prosessen må tilfredsstille kravene til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14. Innenfor disse rammene har statene stor frihet i måten disiplinærsystemet for dommere innrettes på.

Der disiplinærmyndigheten er lagt til et domstolsråd, har EMD sett hen til andelen dommere i domstolsrådet og vist til internasjonale anbefalinger knyttet til dette.

De europeiske anbefalingene fremhever at en domstol eller et uavhengig organ bør ha ansvar for disiplinærsaker mot dommere. Dersom det ikke er en domstol som har ansvar for disiplinærsakene i første instans, mener Venezia-kommisjonen at disiplinærsakene bør legges til et uavhengig domstolsråd, mens CCJE i slike tilfeller anbefaler at en uavhengig kommisjon bør avgjøre disiplinærsakene. ENCJ på sin side oppstiller flere alternative organer disiplinærmyndigheten kan legges til, nemlig et domstolsråd, en uavhengig nasjonal disiplinærnemnd eller -komité. De internasjonale anbefalingene fremhever også at prosessen bør tilfredsstille kravet til rettferdig rettergang, og at avgjørelser i disiplinærsaker bør kunne ankes.

De internasjonale anbefalingene tilsier videre at det bør være en forholdsvis høy terskel for å ilegge dommere disiplinærreaksjoner knyttet til feil ved lovtolkning, faktumsvurdering og bevisvurdering, mens terskelen synes noe lavere for andre forsømmelser, som for eksempel dersom en dommer opptrer i strid med god dommerskikk eller ved lang saksbehandlingstid. Flere anbefalinger tilråder også at hvilke typer handlinger som kan danne grunnlag for disiplinærreaksjoner, bør være fastsatt i lov. CCJE mener alternativt at dette bør fremgå av lovgivning av høyeste rang, som for eksempel landets konstitusjon. Flere anbefalinger peker også på at de tilgjengelige reaksjonsformene i disiplinærsaker bør være fastsatt i lov, og at reaksjonen må stå i forhold til overtredelsen.



⁴²⁸ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 69, CCJE, *Opinion No. 3 (2002) on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality (2002)*, avsnitt 77 iii), og Venziakommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: the Independence of Judges (2010)*, avsnitt 82 nr. 6. Mer eller mindre det samme følger også av *The European Charter on the statute for judges (1998)* punkt 5.1.

⁴²⁹ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, forklarende rapport avsnitt 34.

⁴³⁰ Venziakommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: the Independence of Judges*, avsnitt 82 nr. 6. Se også Venziakommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 27, hvor det fremgår at nettopp på grunn av domstolsrådets oppgaver knyttet til disiplinærsaker, bør domstolsrådet ha en balansert sammensetning.

⁴³¹ ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, punkt 58: «The body in charge of discipline could be the appropriate national Council for the Judiciary or an independent national judicial discipline board or committee independent from the executive and legislature.»

⁴³² *Ibid*, punkt 57.

⁴³³ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 64.

⁴³⁴ CCJE, *Opinion No. 3 (2002) on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality*, avsnitt 77 iv).

⁴³⁵ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 63.

⁴³⁶ Venziakommisjonen, *Report on Judicial Appointments (2007)*, avsnitt 33.

⁴³⁷ CCJE, *Opinion No. 3 (2002) on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality (2002)*, avsnitt 77 ii).

⁴³⁸ The European Charter on the statute for judges (1998) punkt 5.3, se også forklarende rapport punkt 5.3. ENCJ, *Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, punkt 57.

⁴³⁹ Engstad, «Dommernes uavhengighet i en utkant av Europa», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Fagbokforlaget, 2012, s. 288, med videre henvisning til Communication No. 1015/2001 *Perterer v. Østerrike*.

⁴⁴⁰ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 69.

⁴⁴¹ FN, *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (1985), punkt 17.

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ *Ibid.*, punkt 20.

⁴⁴⁴ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, forklarende rapport avsnitt 65.

⁴⁴⁵ Domstoloven § 200 første ledd.

⁴⁴⁶ *Ibid.* § 200 annet ledd.

⁴⁴⁷ *Ibid.* § 201.

⁴⁴⁸ Se f.eks. Rt. 1997 s. 615, hvor det under henvisning til Rt. 1990 s. 214 fremgår at «[i] domstoloven § 200 benyttes uttrykksmåten «gjør seg skyldig i forsømmelig eller andet utilbørlig forhold», mens domstoloven § 201 taler om «har begaaet en aapenbar feil i avgjørelsen». Den siste bestemmelse knytter seg direkte til rettslige avgjørelser, mens § 200 har et videre anvendelsesområde. Det må i alle tilfelle dreie seg om et kvalifisert klanderverdig forhold.»

⁴⁴⁹ *Tvisteloven* § 20–12.

⁴⁵⁰ *Sergey Zubarev v. Russland* (5682/06), avsnitt 30.

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² *Ibid.*, avsnitt 30 og 37.

⁴⁵³ *Ibid.*, avsnitt 30.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, avsnitt 32. Se også *Gryaznov v. Russland* (19673/03), avsnitt 76.

12.3 Sivilt ansvar

12.3.1 INNLEDNING

Dommere har som privatpersoner ingen generell immunitet og kan, som alle andre borgere, holdes sivilrettslig ansvarlig for sine handlinger.⁴⁴⁴ Dersom dommere som ledd i sin yrkesutøvelse begår feil eller unnlater å foreta handlinger, kan det etter omstendighetene påføre private parter tap. Søksmål, eller trusler om søksmål, mot dommere i forbindelse med deres dømmende funksjoner vil imidlertid indirekte kunne påvirke dommernes uavhengighet og upartiskhet.

I dette kapitlet fremstilles de rettslige rammene for og anbefalingene om i hvilken utstrekning dommere personlig bør kunne stilles til ansvar for sine tjenestehandlinger på sivilrettslig grunnlag. Det sivilrettslige ansvaret er noe annet enn disiplinærreaksjoner og vil typisk dreie seg om et erstatningssøksmål for økonomisk tap på grunnlag av feil dommeren har begått i tjenesten, til forskjell fra disiplinærreaksjoner, som typisk kan dreie seg om at en dommer har handlet i strid med det som anses som god dommerskikk.

I Norge kan dommere helt eller delvis ilegges erstatning til den skadelidte dersom han eller hun gjør «sig skyldig i forsømmelig eller annet utilbørlig forhold under rettergang, tvangsfullbyrdelse eller midlertidig sikring».⁴⁴⁵ Det er staten som innestår for erstatningskravet.⁴⁴⁶ En dommer kan også pålegges av en høyere rettsinstans helt eller delvis å erstatte økte omkostninger en part har hatt som følge av åpenbare feil ved en dommeravgjørelse.⁴⁴⁷ Det følger av rettspraksis at det i alle tilfeller må foreligge et kvalifisert klanderverdig forhold for at en dommer skal kunne ilegges et slikt ansvar.⁴⁴⁸ Det er også en hjemmel i tvisteloven om statens ansvar for partenes sakskostnader i tilfeller hvor retten har begått feil ved behandlingen av saken, og feilen ubetinget skal tillegges virkning etter tvisteloven § 29–21, eller dersom feilen skyldes at retten er «vesentlig å bebreide».⁴⁴⁹

12.3.2 RETTSLIGE RAMMER

Etter EMK artikkel 6 nr. 1 er utgangspunktet at enhver har rett til å få avgjort sitt krav av en uavhengig og upartisk domstol. Enhver kan derfor i utgangspunktet anlegge et sivil søksmål mot en dommer. Retten til domstolsprøving er likevel ikke absolutt og kan på visse vilkår begrenses.⁴⁵⁰ Muligheten for å begrense adgangen til domstolene følger ikke eksplisitt av bestemmelsen, men ligger implisitt i at adgang til domstolssystemet forutsetter at nasjonal rett åpner for domstolsprøving av det relevante kravet.⁴⁵¹ I dette spørsmålet har statene en viss skjønnsmargin.⁴⁵² Forutsetningen er at begrensningene ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessige.⁴⁵³

Når det gjelder adgangen til domstolsprøving av sivile krav knyttet til dommeres tjenestehandlinger, har EMD uttalt følgende:⁴⁵⁴

«[...] judicial immunity is a legal practice that exists in some form in many member States [...]. It has been established for the benefit of the public, in whose interest it is that the judges should be at liberty to exercise their functions with independence and without fear of consequences, while litigants can protect themselves from judicial errors by taking their complaints to an appeal court without resorting to suits for personal liability. Accordingly, the Court accepts that in the present case immunity from

liability accorded to the judge in connection with her actions in a professional capacity as a presiding judge in a civil case may be regarded as having a legitimate aim namely pursuing the interests of the administration of justice [...].»

EMD anser med andre ord at systemer som begrenser muligheten til domstolsprøving ved at dommere gis juridisk immunitet i sivile saker, ivaretar et legitimt formål, nemlig dommers mulighet til å utøve dommerfunksjonen uavhengig og uten frykt for å bli stilt erstatningsrettslig til ansvar.⁴⁵⁵ Også hensynet til å avskjære tapende parter, som normalt har adgang til å benytte rettsmidler, fra å angripe endelige domstolsavgjørelser i et separat sivil søksmål er et relevant hensyn.⁴⁵⁶ Slike begrensninger gjør det også mulig for dommere å konsentrere seg om dommergjerningen, uten å bli avbrutt av sivile krav fra tapende parter.⁴⁵⁷

I forholdsmessighetsvurderingen legger EMD blant annet vekt på om det finnes alternative muligheter for klageren til å få ivaretatt rettighetene sine, eksempelvis ved å reise sak mot staten for det samme forholdet.⁴⁵⁸ I saken *Sergey Zubarev v. Russland* la EMD også vekt på at det etter nasjonal rett var adgang til å reise sivil søksmål mot dommere for rettslige handlinger begått i ond tro og for korruperte handlinger.⁴⁵⁹

12.3.3 ANBEFALINGER

De internasjonale anbefalingene inneholder flere tilrådinger om i hvilken utstrekning dommere kan holdes ansvarlig for sine tjenestehandlinger ved sivil søksmål.

Ministerkomiteen anbefaler at dommere ikke bør kunne holdes sivilrettslig ansvarlig for feil ved sin lovtolkning, vurdering av faktum eller bevisbedømmelse, med mindre dommeren har handlet forsettlig eller grovt uaktsomt.⁴⁶⁰ Det samme fremgår av Venezia-kommisjonens og CCJEs anbefalinger.⁴⁶¹ Terskelen for sivilrettslig ansvar bør derfor være forholdsvis høy, men ansvar er ikke utelukket.

Ministerkomiteens rekommandasjon forutsetter videre at private parter ikke bør kunne reise sivil søksmål direkte mot en dommer, men at slikt søksmål bør rettes mot staten.⁴⁶² I tilfeller hvor staten har tilkjent eller er idømt erstatning for feil begått i domstolene, åpner imidlertid Ministerkomiteen for at staten kan holde dommeren personlig ansvarlig.⁴⁶³ De nærmere vilkårene for dette bør fremgå av lov.⁴⁶⁴ Det samme kan utledes av Venezia-kommisjonen og CCJEs anbefalinger.⁴⁶⁵

Også charteret forutsetter at ansvar for feil begått i domstolene rettes mot staten, som igjen kan rette krav mot en dommer i tilfeller der dommeren har begått «gross and inexcusable breach of the rules governing the performance of judicial duties».⁴⁶⁶ En forutsetning i charteret er at det er innhentet samtykke fra et uavhengig domstolsråd eller liknende før staten kan reise sak mot en dommer på dette grunnlaget.

Ministerkomiteen fremhever videre at dommere ikke skal kunne holdes personlig ansvarlig i tilfeller hvor deres avgjørelser blir overprøvet eller endret ved anke til høyere instans.⁴⁶⁷

⁴⁵⁵ *Gryaznov v. Russland* (19673/03), avsnitt 78. Se også *Sergey Zubarev v. Russland* (5682/06), avsnitt 32.

⁴⁵⁶ *Gryaznov v. Russland* (19673/03), avsnitt 78.

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ *Ibid.*, avsnitt 76.

⁴⁵⁹ *Sergey Zubarev v. Russland* (5682/06), avsnitt 36.

⁴⁶⁰ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 66.

⁴⁶¹ Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: the Independence of Judges* (2010), avsnitt 60. Venezia-kommisjonen fremhever at dommere ikke bør nyte generell immunitet, men kun immunitet knyttet til funksjonsutøvelsen. Kommisjonen anbefaler i likhet med Ministerkomiteen at dommere ikke bør holdes sivilrettslig ansvarlig for tjenestehandlinger foretatt i god tro. Se også Venezia-kommisjonen, *Moldova, Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court on the Right of Recourse by the State against Judges* (2016), avsnitt 18, hvor Venezia-kommisjonen åpner for at dommere kan holdes sivil ansvarlig ved grovt uaktsomme feil. Se også CCJE, *Opinion no. 18 (2015) The position of the judiciary and its relation with the other powers of state in a modern democracy*, avsnitt 37.

⁴⁶² Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 67 og forklarende rapport avsnitt 66.

⁴⁶³ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 67.

⁴⁶⁴ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, forklarende rapport avsnitt 66.

⁴⁶⁵ Venezia-kommisjonen, *Moldova, Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court on the Right of Recourse by the State against Judges* (2016), avsnitt 23. Se også CCJE, *Opinion no. 18 (2015) The position of the judiciary and its relation with the other powers of state in a modern democracy*, avsnitt 37 og *Magna Carta of Judges* punkt 21–22. Terskelen for sivilt ansvar for dommere er lavere i CCJEs anbefaling fra 2015 enn det som fremgår av ordlyden i *Magna Carta of Judges* og den tidligere *Opinion No. 3 (2002) on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality*, avsnitt 76 iii), men vi legger til grunn at prinsippet om at sivilt søksmål for feil begått av dommere skal rettes mot staten, og at staten etter omstendighetene kan reise sak mot dommeren, fortsatt ligger til grunn.

⁴⁶⁶ *The European Charter on the statute for judges* (1998) punkt 5.2.

⁴⁶⁷ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 70.

⁴⁶⁸ Grunnloven § 86 første ledd. Straffeløpfølging av andre dommere enn høyesterettsdommere foregår etter den alminnelige prosessordningen.

12.3.4 OPPSUMMERING

Utgangspunktet etter de bindende rettskildene er at enhver kan anlegge et sivilt søksmål mot en dommer. Retten til domstolsprøving er imidlertid ikke absolutt og kan på visse vilkår begrenses. Statene har en skjønnsmargin når det gjelder spørsmålet om hvilke tilfeller som bør være gjenstand for domstolsprøving. Retten til domstolsprøving kan imidlertid bare begrenses dersom begrensningen ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig. Systemer som begrenser muligheten til domstolsprøving ved at dommere gis juridisk immunitet i sivile saker, ivaretar et slikt legitimt formål, nemlig dommerens mulighet til å utøve dommerfunksjonen uavhengig og uten frykt for å bli stilt erstatningsrettslig ansvarlig. I vurderingen av om unntaket fra domstolsprøving er forholdsmessig, legger EMD blant annet vekt på om det finnes alternativer for den sivile part til å få ivaretatt rettighetene sine. Eksempler på dette kan være at det er mulighet til å anlegge sak mot staten for de samme forholdene, eller at dommere ikke har sivilrettslig immunitet mot tjenestefeil begått i ond tro.

Anbefalingene er samstemte om at det bør være en forholdsvis høy terskel for at en dommer skal kunne holdes sivilrettslig ansvarlig for tjenestefeil. Det er de også om at det ikke bør være adgang til å rette sivile krav direkte mot en dommer, men at slike krav bør kunne rettes mot staten. I tilfeller hvor staten har innrømmet eller er ilagt ansvar for feil begått av dommere, åpner anbefalingene for at staten kan rette krav mot en dommer personlig, og at de nærmere vilkårene for dette bør fremgå av lov.

Det fremgår videre av Ministerkomiteens rekommandasjon at dommere ikke bør kunne holdes personlig ansvarlig i tilfeller hvor deres avgjørelser blir overprøvet eller endret ved anke til en høyere rettsinstans.

12.4 Straffeansvar

12.4.1 INNLEDNING

Dommere har som privatpersoner ingen immunitet mot straffefølgning. Men også dommers tjenestehandlinger kan under visse omstendigheter medføre straffeansvar.

I Norge kan dommere holdes strafferettslig ansvarlig for sine tjenestehandlinger blant annet etter straffeloven § 173 om misbruk av offentlig myndighet og §§ 171 og 172 om tjenestefeil og grovt uaktsomme tjenestefeil. Også andre straffebestemmelser kan etter omstendighetene være relevante, for eksempel §§ 387 og 388 om korrupsjon og grov korrupsjon.

I dette kapitlet beskrives de rettslige rammene for og de internasjonale anbefalingene om når, og i hvilken utstrekning, dommere kan holdes strafferettslig ansvarlig for tjenestefeil og forsømmelser.

12.4.2 RETTSLIGE RAMMER

Grunnloven oppstiller en særregulering av prosessen for straffefølgning av høyesterettsdommere. Slike saker skal pådømmes av Riksretten.⁴⁶⁸ Riksretten er en særdomstol, sammensatt av seks medlemmer valgt av Stortinget og fem dommere fra Høyesterett,

herunder høyesterettsjustitiarius.⁴⁶⁹ Det har aldri vært reist riksrettssak mot høyesterettsdommere i Norge.⁴⁷⁰

Ut over dette inneholder ikke Grunnloven noen nærmere regulering av i hvilke tilfeller dommere, herunder høyesterettsdommere, kan holdes ansvarlig for strafferettslige handlinger. Dette reguleres av straffeloven, etter prosessordningen i straffeprosessloven.

12.4.3 ANBEFALINGER

Det klare utgangspunktet i de internasjonale anbefalingene er at dommere, som alle andre, kan holdes strafferettslig ansvarlig for straffbare handlinger de begår som privatpersoner.⁴⁷¹ Strafferettslig ansvar for dommeres tjenestehandlinger bør etter de internasjonale anbefalingene forbeholdes de mer alvorlige tilfellene.

Av Ministerkomiteens rekommandasjon fremgår det at en dommer ikke bør holdes strafferettslig ansvarlig for feil ved sin lovtolkning, vurdering av faktum eller bevisvurdering med mindre disse handlingene er utført med forsett.⁴⁷² Grovt uaktsomme tjenestefeil bør etter Ministerkomiteens anbefaling kun medføre sivilrettslig ansvar.⁴⁷³

Tilsvarende følger av CCJE og Venezia-kommisjonens anbefalinger.⁴⁷⁴ CCJE henviser til at enkelte stater åpner for straffeansvar for dommere for grovt uaktsomme tjenestefeil, men presiserer at «the CCJE does not regard the introduction of such liability as either acceptable or to be encouraged. A judge should not have to operate under the threat of a financial penalty, still less imprisonment, the presence of which may, however sub-consciously, affect his judgement.» CCJE fremhever med andre ord at dommere bare bør kunne straffes for forsettlig tjenestefeil, og at trusler om strafferettslige reaksjoner knyttet til grovt uaktsomme tjenestefeil ubevisst kan påvirke dommerens vurderinger.

12.4.4 OPPSUMMERING

Det følger av Grunnloven at straffeansvar for høyesterettsdommere skal avgjøres ved Riksrett.

Ut over en særregulering av prosessen ved straffeforfølgning mot høyesterettsdommere, inneholder ikke Grunnloven noen nærmere regulering av i hvilke tilfeller dommere kan holdes ansvarlig for straffbare handlinger. Dette reguleres av straffeloven, etter prosessordningen i straffeprosessloven.

De internasjonale anbefalingene er samstemte om at dommere bør ha strafferettslig immunitet for tjenestehandlinger, med mindre handlingene er begått med forsett. Eksempler på dette kan være tilfeller hvor en dommer foretar lovtolkning eller bevisvurdering mot bedre vitende, eller typisk tilfeller av korrupsjon.

⁴⁶⁹ Grunnloven § 86 tredje ledd. EMD har godtatt liknende sammensetning av Riksretten, se for eksempel *Ninn-Hansen v. Danmark* (decision 28972/95) og *Haarde v. Island* (66847/12).

⁴⁷⁰ Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, Universitetsforlaget, 11. utg., s. 265. Det fremgår også her at Stortinget i 2008 vedtok å henlegge en anmeldelse mot tre høyesterettsdommere for en kjennelse de hadde truffet i Høyesteretts kjøremålsutvalg.

⁴⁷¹ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 71, CCJE *Magna Carta of judges* (2010), punkt 20, og Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: the Independence of Judges* (2010), avsnitt 61.

⁴⁷² Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 68 og forklarende rapport avsnitt 67, hvor det fremgår at "[w]hen exercising judicial functions, judges should be held criminally liable only if the fault committed was clearly intentional".

⁴⁷³ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 66 og 68.

⁴⁷⁴ CCJE *Magna Carta of judges* (2010), punkt 20 og CCJE *Opinion no. 3 on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality* (2002), avsnitt 52–53. Det fremheves her at straffansvar ikke bør kunne ilegges for utilsiktede feil («unintentional failings») en dommer måtte begå under utøvelse av sine dømmende funksjoner. Se også Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: the Independence of Judges* (2010), avsnitt 61, hvor det fremgår at dommere skal ha «immunity from prosecution for acts performed in the exercise of their functions, with the exception of intentional crimes, e.g. taking bribes».

13. Arbeidsvilkår, lønn og pensjon

⁴⁷⁵ Se f.eks. CCJE, *Magna Carta of Judges (2010)*, punkt 7 og Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 46.

⁴⁷⁶ *Clarke v. Storbritannia (23695/02)*, s. 11.

⁴⁷⁷ FN, Menneskerettighetskomiteen, *General comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial (2007)*, avsnitt 19 flg.

⁴⁷⁸ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 53 og CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 61. Se også Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 44.

⁴⁷⁹ CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 62. Venezia-kommisjonen synes å legge til grunn samme synspunkt som CCJE, se *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 45–46, hvor Kommisjonen blant annet viser til CCJEs omtale av nordiske forhold hva gjelder dommers lønnsvilkår.

13.1 Innledning

Et tilstrekkelig lønns- og pensjonsnivå for dommere er essensielt for å ivareta domstolenes uavhengighet. Tilstrekkelige lønns- og pensjonsordninger er én måte å sikre at dommere ikke fristes av utilbørlig press utenfra som kan påvirke deres adferd og dømmende virke. Lavere pensjon kan lettere motivere dommere til å skaffe seg penger på utilbørlig vis i løpet av tjenesteperioden. Et adekvat lønnsnivå, pensjon og øvrige arbeidsvilkår er derfor av betydning for dommers og dermed domstolenes uavhengighet.

Dette poenget er særlig understreket i de internasjonale anbefalingene.⁴⁷⁵

I Norge foretas lønnsfastsettelse for tingretts- og lagmannsrettsdommere av Kommunal- og moderniseringsdepartementet. Departementet justerer fremtidig lønnsøkning i nevnte instanser mot lønnsutvikling for høyesterettsdommere og ledere i statens ledersystem. Høyesterettsdommers lønn, derimot, fastsettes av Stortinget.

13.2 Rettslige rammer

EMDs praksis sier lite konkret om dommers arbeidsvilkår, lønn og arbeidstid. Det er imidlertid klart at fastsettelse av arbeidsvilkår, blant annet hvem som har slik myndighet, samt garantier for tilstrekkelig lønn og pensjon, er momenter i EMDs helhetsvurdering av uavhengighet etter EMK artikkel 6 nr. 1. I saken *Clarke v. Storbritannia* vektla EMD, som ett av flere momenter i helhetsvurderingen, at lønn og pensjon var fastsatt i henhold til lov.⁴⁷⁶

I relasjon til SP artikkel 14 har FNs menneskerettighetskomité fremhevet at arbeidsvilkår, lønn, arbeidstid, uavhengighet, sikkerhet, stillingsvern, pensjon og pensjonsalder bør være sikret ved lov.⁴⁷⁷

13.3 Anbefalinger

13.3.1 REGULERING AV LØNNSFASTSETTELSE

I likhet med det som kan utledes av SP, anbefaler både Europarådets ministerkomité, Venezia-kommisjonen og CCJE at de prinsipielle regler for dommers lønnsordninger bør være fastlagt i lov.⁴⁷⁸

CCJE og Venezia-kommisjonen har også uttalt seg spesifikt om lønnsfastsettelse i en nordisk kontekst. CCJE fremhever at det bør lovfestes garantier som sikrer mot reduksjon av lønninger, og poengterer at dette er særlig viktig i nyetablerte demokratier.⁴⁷⁹ CCJE synes

likevel å ta høyde for at det i land som de nordiske eksisterer etablerte modeller som innehar slike garantier til tross for at dette tradisjonelt ikke har vært lovregulert, men lagt til grunn i langvarig praksis.⁴⁸⁰

13.3.2 LØNNS- OG PENSJONSNIVÅ

Ministerkomiteen anbefaler at dommerlønnen bør stå i forhold til det ansvar yrket innebærer, og i tillegg være tilstrekkelig til å beskytte mot påvirkning og innflytelse utenfra som er egnet til å påvirke dommernes beslutninger.⁴⁸¹ Komiteen fremhever videre at det bør eksistere ordninger for å sikre en rimelig godtgjørelse i tilfelle av sykdom, foreldrepermisjon, så vel som for utbetaling av pensjon. Pensjonsutbetalingene bør stå i et rimelig forhold til den lønn dommerne mottar så lenge de står i arbeid.⁴⁸² CCJE har formulert seg noenlunde likelydende.⁴⁸³

Anbefalingene fremhever videre at særskilte lovbestemmelser bør sikre at det ikke skjer en reduksjon i lønnen den tiden dommerne står i yrket.⁴⁸⁴ CCJE understreker i tillegg at det bør lovfestes bestemmelser som sikrer lønnsøkning i takt med økning i levekostnader.⁴⁸⁵

I anbefalingene fremheves det at individuell evaluering av dommere som ledd i vurdering av en dommers forfremmelse, lønns- eller pensjonsvilkår kan være problematisk i et uavhengighetsperspektiv. Ministerkomiteen, CCJE og Venezia-kommisjonen advarer mot systemer som bygger på individuell lønnsfastsettelse basert på hvordan den enkelte dommer utfører sin dommergjerning, og også mot tildeling av bonus etter skjønnsmessige kriterier.⁴⁸⁶ Slike ordninger kan påvirke dommerens adferd og dermed utgjøre en trussel mot domstolenes uavhengighet.⁴⁸⁷

CCJE nevner som eksempel at der en individuell evaluering vil ha konsekvenser for en dommers forfremmelse, lønns- og pensjonsvilkår, eller kan medføre avskjedigelse fra stilling, vil det være en risiko for at den evaluerte dommer ikke vil være tilstrekkelig objektiv i sin pådømmelse av de saker vedkommende er tildelt, men isteden se hen til hvilket utfall dommeren antar vil tilfredsstille dem som har ansvar for evalueringen.⁴⁸⁸ Det anbefales derfor at man unngår bruk av individuell evaluering som ledd i å fastsette lønns- og pensjonsnivå.⁴⁸⁹

Venezia-kommisjonen har uttalt at lønnsfastsettelsen bør bygge på en generell standard og objektive og transparente kriterier.⁴⁹⁰ Venezia-kommisjonen understreker at lønnsfastsettelsen må gjøres ut fra de sosiale forholdene i hvert enkelt land, og at den bør sammenholdes med lønnsnivået til høytstående tjenestemenn («higher civil servants»)⁴⁹¹ Kommisjonen har også enkelte uttalelser knyttet til naturalytelser som bil og bolig. Kommisjonen konkluderer slik når det gjelder lønnsfastsettelse:⁴⁹²

«To sum up, the Venice Commission is of the opinion that for judges a level of remuneration should be guaranteed by law in conformity with the dignity of their office and the scope of their duties. Bonuses and non-financial benefits, the distribution of which involves a discretionary element, should be phased out.»

⁴⁸⁰ CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 62.

⁴⁸¹ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 54. Se også Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 46 som blant annet fremhever at lønnsnivået må være i tråd med yrkets verdighet.

⁴⁸² Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 54. Se tilsvarende i *The European Charter on the statute for judges (1998)*, avsnitt 6.4.

⁴⁸³ CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 61. Her viser CCJE blant annet til *The European Charter on the statute for judges (1998)* avsnitt 6.1–6.3 og uttaler at dette sammenfaller med CCJES syn.

⁴⁸⁴ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 54 og CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 62.

⁴⁸⁵ CCJE, *Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges*, avsnitt 62.

⁴⁸⁶ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 55, CCJE, *Opinion no. 17 (2014) on the evaluation of judges' work, the quality of justice and respect for judicial independence*, avsnitt 28 og Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 51.

⁴⁸⁷ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 55 og CCJE, *Opinion no. 17 (2014) on the evaluation of judges' work, the quality of justice and respect for judicial independence*, avsnitt 28.

⁴⁸⁸ CCJE, *Opinion no. 17 (2014) on the evaluation of judges' work, the quality of justice and respect for judicial independence*, avsnitt 6.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, avsnitt 13.

⁴⁹⁰ Venezia-kommisjonen, *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges (2010)*, avsnitt 46.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² *Ibid.*, avsnitt 51.

⁴⁹³ *The European Charter on the statute for judges (1998)*, punkt 6.2.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, punkt 4.1 jf. punkt 1.3.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, punkt 4.1.

I charteret fremheves det at lønn kan variere avhengig av lengden på tjenestetiden, oppgavens art og viktigheten av disse – vurdert etter transparente kriterier.⁴⁹³

Charteret anbefaler at der det eksisterer forfremmelsesordninger som ikke bygger på den vanlige ordning med ansiennitet, bør forfremmelse bare kunne begrunnes med dommerens faglige kvaliteter og den institusjonelle ansiennitet vedkommende har oppnådd under utøvelse av sine dømmende funksjoner. Forfremmelsesvurderinger bør foretas etter objektive vurderinger fra en eller flere dommere i diskusjon med den aktuelle dommer, og selve avgjørelsen om forfremmelse bør fattes av et domstolsråd eller lignende uavhengig organ.⁴⁹⁴ Det bør også eksistere en klageadgang, slik at dommere som ikke foreslås forfremmet, skal kunne klage avgjørelsen inn til domstolsrådet.⁴⁹⁵

13.4 Oppsummering

Det fremgår lite konkret av de rettslig bindende kildene om hvilke krav som stilles til arbeidsvilkår, lønn og pensjon ut over at dommers lønns- og tjenestevilkår bør sikres ved lov.

Også de internasjonale anbefalingene er samstemte om at de prinsipielle reglene for dommers lønnsordninger bør være fastlagt i lov. CCJE og Venezia-kommisjonen synes imidlertid å ta høyde for den ordning som særlig gjør seg gjeldende for de nordiske landene, hvor regulering av lønn, herunder garantier mot lønnsreduksjon, tradisjonelt har fulgt av langvarig praksis.

Essensielt er det uansett at et tilstrekkelig lønns- og pensjonsnivå samt garantier mot lønnsreduksjon sikres gjennom felles, objektive vilkår, nettopp for å unngå utilbørlig påvirkning av dommerne under utøvelse av deres dømmende funksjoner. Ministerkomiteen, CCJE og Venezia-kommisjonen er samstemte om at systemer med individuell lønnsfastsettelse som baseres på hvordan den enkelte dommer utfører sin dommergjerning, bør unngås.



737456

500

NORGES BANK

FEM HUNDRE KRONER

NORGES BANK

500

NORGES BANK

50

FEMTI K

NORGES BANK

RS 14

0

5

14. Kompetanse og opplæring

⁴⁹⁶ Norges domstoler, Årsrapport 2017, tilgjengelig på <https://www.domstol.no/no/domstoladministrasjonen/publikasjoner/arsrapport/tema-1/> (sist lastet 25. september 2018).

⁴⁹⁷ Blant annet ENCJ fremhever opplæring som en sentral komponent for å sikre at domstolen utvikler den nødvendige uavhengighet og ansvarlighet, se *Distillation of ENCJ principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017*, avsnitt 8.

⁴⁹⁸ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 56. Tilsvarende fremgår av *The European Charter on the statute for judges (1998)*, punkt 2.3.

⁴⁹⁹ CCJE, *Magna Carta of Judges (2010)*, punkt 8.

⁵⁰⁰ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 56.

14.1 Innledning

Tilstrekkelig opplæring, faglig oppdatering, evaluering og øvrige kompetansehevingstiltak for dommere er en forutsetning for at domstolen skal kunne fatte korrekte avgjørelser av høy kvalitet, innen rimelig tid. Raske og gode avgjørelser sikrer forutsigbarhet for partene i rettssystemet, og er sentralt for å sikre offentlighetens tillit til domstolene. Tilstrekkelig opplæring og kontinuerlig kompetanseheving er derfor også sentrale komponenter for å sikre både at den enkelte dommer opptrer uavhengig, og at domstolen fremstår som uavhengig.

I Norge er det Domstoladministrasjonen som har ansvar for kompetansehevingstiltak i domstolene. Eksempler på slike tiltak er innføringskurs for nye dommere, mentorordninger, kollegaveiledning og lederutviklingsprogrammer.⁴⁹⁶

14.2 Anbefalinger

De rettslig bindende kildene inneholder ingen eksplisitte krav til dommerenes og domstolenes kompetanse og opplæring. Flere av de internasjonale anbefalingene gir derimot utførlige anbefalinger om dette. Det legges særlig vekt på hvilke elementer som bør inngå i dommeropplæringen, samt hva slags organ som burde ha ansvar for administrasjon og organisering av opplæringen.⁴⁹⁷ Det redegjøres nærmere for dette i det følgende.

14.2.1 GENERELT

Europarådets ministerkomité anbefaler at dommere bør ha tilgang til teoretisk og praktisk opplæring i tjenestetiden, finansiert av staten.⁴⁹⁸ I CCJEs «Magna Carta of Judges» fremheves denne type kompetanseheving som både en rett og en plikt for dommeren, og det understrekes at opplæring og kompetanseheving er et viktig element for å sikre dommerenes uavhengighet, så vel som å sikre domstolssystemets kvalitet og effektivitet.⁴⁹⁹

14.2.2 OPPLÆRINGENS INNHOLD OG VARIGHET

Flere av anbefalingene gir konkrete føringer for innholdet i opplærings- og kompetansehevingsprogrammer. Ministerkomiteen uttaler at programmene bør omfatte innføring i sosiale og kulturelle spørsmål som kan melde seg ved utøvelsen av de dømmende funksjoner. Intensiteten i og varigheten av slik opplæring bør avgjøres i lys av hvor mye yrkeserfaring dommeren har fra før.⁵⁰⁰

CCJE presiserer betydningen av at det organet som er ansvarlig for opplæringen, helst et domstolsråd, sørger for at dommere faktisk deltar i opplæringsaktivitet, og at dette bør utgjøre en betydelig del av dommernes yrkesaktivitet.⁵⁰¹ CCJE fremhever at dommere har en etisk og rettslig rett og plikt til å jobbe med sin egen yrkesfaglige utvikling gjennom deltakelse i løpende opplæring.⁵⁰² Den innførende opplæringen er særlig viktig for å gjøre dommere i stand til å videreutvikle ikke bare sin kunnskap om lov og rett, men også utvikle komplementære ferdigheter slik som kjennskap til andre språk, etikk og alternativ tvisteløsning, nettopp for å sørge for at vedkommende evner å tenke kritisk og selvstendig, samt inneha sosial forståelse og fordomsfrihet.⁵⁰³

Kompetanseheving bør forstås som en livslang læringsprosess.⁵⁰⁴ Dommere bør i utøvelsen av sine embetsplikter følge med på endringer i nasjonal og internasjonal lovgivning og praksis, og sosiale trender i samfunnet.⁵⁰⁵ Samfunnet er best tjent med dommere som ikke bare evner å anvende jussen korrekt, men som også er i stand til å tenke kritisk, innta en fordomsfri holdning til ulike spørsmål og ha god samfunnsforståelse.⁵⁰⁶

14.2.3 ANSVARET FOR OG ORGANISERING AV OPPLÆRING AV DOMMERE

Flere anbefalinger peker på at ansvaret for opplæringsprogrammer bør tilligge et eget, uavhengig organ. Ministerkomiteen fremhever at opplæring av dommere, herunder innføringsopplæring, bør foretas av en uavhengig myndighet, og at opplæringen oppfyller de krav som gjelder til åpenhet, kompetanse og upartiskhet i domstolene.⁵⁰⁷

CCJE gir mer detaljerte anbefalinger og peker blant annet på at ansvaret for organiseringen av og tilsynet med dommeropplæring ikke burde ligge til en myndighet underlagt hverken den utøvende eller lovgivende makt.⁵⁰⁸ Oppgaven bør tilligge domstolene, helst et domstolsråd der dette eksisterer.⁵⁰⁹ Dommerforeninger kan også spille en sentral rolle i organisering og i tilsynssammenheng.⁵¹⁰

CCJE anbefaler at den nærmere gjennomføring av opplæringsprogrammer bør legges til spesialiserte uavhengige organer under domstolenes eller domstolsrådets myndighet.⁵¹¹ Dette kan for eksempel være egne opplæringssentre, med eget budsjett, som arbeider i samråd med dommere. Det bør etableres et klart skille mellom funksjonene til domstolsrådet og opplæringscenteret.⁵¹²

CCJE legger vekt på at domstolsrådet både bør ha ansvar for utvikling av læringsprogrammer, og for ansettelse og forfremmelse av dommere.⁵¹³ Dersom domstolsrådet gis kompetanse til å organisere oppgaver i forbindelse med dommeropplæring i tillegg til andre oppgaver, som eksempelvis utnevning og forfremmelse, bør det skilles klart mellom de delene av rådet som er ansvarlig for de ulike oppgavene.⁵¹⁴ CCJE fremhever i den forbindelse at domstolsrådet bør ta hensyn til dommernes deltakelse i opplærings- og kompetansehevingsprogrammer når de vurderer forfremmelse.⁵¹⁵ Dette er en måte domstolsrådet kan sikre at dommerne faktisk gjennomfører nødvendig løpende opplæring på.

Domstolsrådet bør heller ikke ha nære bånd til justisdepartement og kunnskapsdepartement i forbindelse med noen av de oppgaver rådet er ansvarlig for.⁵¹⁶ Rådet bør samarbeide med opplæringsorganet om både grunnleggende opplæring og videreutdanning for å sikre

⁵⁰¹ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 70.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid.*, avsnitt 68.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, avsnitt 70.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 68. Se også *The European Charter on the statute for judges (1998)* punkt 1.5 som i likhet med CCJE fremhever viktigheten av både sosial-, kulturell- og juridisk kompetanseheving.

⁵⁰⁷ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 57.

⁵⁰⁸ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 65.

⁵⁰⁹ Se mer om domstolsråd i punkt 7.3.3.

⁵¹⁰ CCJE, *Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society*, avsnitt 65.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ *Ibid.*, avsnitt 66.

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ *Ibid.*, avsnitt 70.

⁵¹⁶ *Ibid.*, avsnitt 66. Som eksempel nevnes at prosessene med utnevning av opplæringsansvarlige, budsjettfordeling, akkreditering, anerkjennelse av eksamensbevis osv. ikke bør innebære tilknytning til noen av de respektive departementene.

⁵¹⁷ Ibid, avsnitt 67.

⁵¹⁸ Ibid, avsnitt 68.

⁵¹⁹ Ibid, avsnitt 69.

⁵²⁰ Ibid.

⁵²¹ Ibid, avsnitt 72.

⁵²² CCJE *Opinion no. 19 (2016) The role of the Court Presidents*, avsnitt 16.

⁵²³ Ibid.

⁵²⁴ Ibid.

⁵²⁵ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 58 og CCJE, *Opinion no. 17 (2014) on the evaluation of judges' work, the quality of justice and respect for judicial independence*. Også Venezia-kommisjonen har lagt vekt på evaluering av dommere i flere av sine landrapporter, se f.eks. landrapportene CDL-AD(2016)036-e, CDL-AD(2016)009-e, CDL-AD(2015)007-e, CDL-AD(2017)018-e.

⁵²⁶ Europarådet, Ministerkomiteen, *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 58.

⁵²⁷ CCJE, *Opinion no. 17 (2014) on the evaluation of judges' work, the quality of justice and respect for judicial independence*. Denne bygger blant annet på Europarådets ministerkomités *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility* og FN's *Basic Principles on the Independence of the Judiciary (1985)*.

⁵²⁸ Med formelle evalueringmetoder menes evaluering som skjer gjennom formaliserte kriterier og som ved brudd vil innebære konsekvenser for den enkelte dommer. Dette står i motsetning til uformelle evalueringmetoder som typisk foregår som en samtale mellom dommer og evaluerende organ, hvor dommeren i større grad vil ha anledning til å imøtegå evalueringen, se CCJE, *Opinion no. 17 (2014) on the evaluation of judges' work, the quality of justice and respect for judicial independence* avsnitt 25 og avsnitt 49 punkt 4.

⁵²⁹ CCJE, *Opinion no. 17 (2014) on the evaluation of judges' work, the quality of justice and respect for judicial independence*, avsnitt 49 punkt 4.

⁵³⁰ Ibid, avsnitt 49 punkt 2.

effektiv opplæring av høy kvalitet, samt å garantere for at dommere blir valgt basert på objektive og målbare kriterier.⁵¹⁷

CCJE anbefaler at domstolsrådet deltar direkte eller samarbeider med det organet som har ansvar for opplæring også under utviklingen av grunnopplæringen.⁵¹⁸ Rådet bør også tilrettelegge for at det gjennomføres en ekstern evaluering av grunnopplæringen, ved å følge opp dommernes profesjonelle utvikling de første årene de utfører sitt virke som dommere.⁵¹⁹ Dette bør også omfatte evaluering av opplæringens effektivitet og forslag til forbedringer av den.⁵²⁰ CCJE anbefaler at domstolsrådet bør konsulteres ved utvelgelse av temaer til de årlige opplæringsprogrammene.⁵²¹

CCJE har også gitt anbefalinger om domstollederens rolle. Konsistent rettspraksis er avgjørende for at domstolen skal kunne utføre sin rettsavklarende rolle.⁵²² Domstollederen har en sentral rolle i prosessen med å sikre kvaliteten av og sammenhengen i domstolens avgjørelser. Disse oppgavene kan bare oppfylles dersom domstollederen arbeider for å fremme konsistent rettspraksis i egen domstol, og at denne er i samsvar med praksis fra høyere rettsinstanser, samt internasjonale domstoler.⁵²³ Dette kan oppnås for eksempel ved å legge til rette for utdanning og opplæring i seminarer og møter, og sikre tilgang til relevante databaser, så vel som ved å fremme dialog og informasjonsutveksling mellom ulike nivåer i domstolene. I denne rollen må domstolleder respektere domstolenes og dommernes uavhengighet.⁵²⁴

14.2.4 EVALUERING SOM KOMPETANSEHEVINGSTILTAK

Evaluering av dommere kan bedre effektiviteten og kvaliteten i domstolene, og på denne måten fungere kompetansehevende. Utøvd på en god måte er slik ansvarliggjøring og kontroll av dommere forenlig med dommernes uavhengighet. Evalueringer kan imidlertid misbrukes på måter som kan true dommernes uavhengighet.

Både Ministerkomiteen og CCJE har lagt vekt på dommerevaluering som ledd i å styrke dommernes og domstolenes kompetanse, og dermed sikre at det fattes avgjørelser av høy kvalitet.⁵²⁵

Ministerkomiteen fremhever at dommeren bør gis anledning til å delta aktivt i evalueringprosessen gjennom å få uttrykke sitt syn, samt ha mulighet til å få prøvet resultatet av evalueringen for en domstol eller annen uavhengig myndighet.⁵²⁶

CCJE har utarbeidet en egen anbefaling om evaluering av dommers arbeid.⁵²⁷ Her gis det utførlige anbefalinger om vurdering og evaluering av dommere. Det eksisterer mange måter å gjennomføre dommerevalueringer på. CCJE skiller mellom formelle og uformelle evalueringsmetoder og anbefaler at statene benytter seg av uformelle prosedyrer for evaluering av dommere.⁵²⁸ Konkret anbefales det at dommere gis mulighet til selvevaluering, eller gis tilbakemelding på sitt arbeid i form av uformelle tilbakemeldinger fra andre dommere.⁵²⁹ Det understrekes likevel at evaluering uansett bør skje i en eller annen form, om det så er ved bruk av formelle metoder.⁵³⁰

Som en annen sentral del av å sikre dommernes uavhengighet fremhever CCJE at evalueringen bør foretas av objektive, uavhengige aktører, primært av dommere eller et domstolsråd, der et slikt organ eksisterer.⁵³¹ Også andre utenforstående aktører kan spille en rolle, men disse bør kun ha en rådgivende funksjon og ikke fatte endelige avgjørelser.⁵³² Evaluering som foretas av enten lovgivende eller utøvende makt eller der de øvrige statsmakter utøver innflytelse på evalueringsprosessen, anses særlig problematisk og bør søkes unngått.⁵³³ En viss varsomhet bør også utvises der evaluering foretas av andre dommere. Dette fordi domstolenes uavhengighet ikke bare avhenger av fravær av utilbørlig ekstern påvirkning, men også utilbørlig påvirkning innad i domstolen.⁵³⁴

CCJE understreker at evalueringsmetoder er sterkt knyttet til den rettslige strukturen og rettskulturen i de respektive land og derfor kan variere stort. Noen fellesnevnerer er det likevel. Utnevningstidspunktet og kriteriene som ligger til grunn for forfremmelse, er av særlig betydning for vurderingen av hvilken type evalueringsmetode som benyttes.⁵³⁵ CCJE nevner som eksempel systemer der nytnevnte dommere har langvarig erfaring som praktiserende advokater forut for utnevning til dommer, slik tilfellet ofte er i de nordiske landene, kan evalueringsmetodene være mindre formelle enn i de systemer der man har egen dommerutdannelse, og hvor kandidatene blir utnevnt rett etter fullførte studier.⁵³⁶

14.3 Oppsummering

Gjennomgående anbefalinger tilsier at tilstrekkelig opplæring er sentralt for å opprettholde og utvikle domstolssystemets kvalitet og effektivitet, og slik også sikre domstolenes uavhengighet. Dette gjelder både grunnopplæring og løpende etterutdannelse. Opplæringen bør ikke begrense seg til rettslig innføring og oppdatering, men bør også omfatte opplæring i kulturell og sosial samfunnsforståelse, fordomsfrihet og respekt for sakenes parter. Domstollederen har et særlig ansvar for opplæring og løpende etterutdannelse. Det anbefales dessuten at det etableres et uavhengig organ, helst i regi av et domstolsråd, som har ansvaret for gjennomføring av opplæring av og kompetanseheving hos dommere.

De internasjonale anbefalingene fremhever også evaluering av dommere som et kompetansehevende tiltak, for på den måte å øke effektiviteten i domstolene og kvaliteten av deres avgjørelser. Evaluering har derfor også en side mot domstolenes uavhengighet. Det er samstemthet i anbefalingene om at evaluering bør skje etter klare, objektive kriterier, at den bør foretas av objektive aktører, samt at dommeren selv bør delta aktivt i evalueringsprosessen. CCJE skiller mellom formelle og uformelle evalueringsmetoder og uttaler at metodene normalt vil variere fra land til land som følge av ulike rettstradisjoner og -kulturer.

⁵³¹ Ibid, avsnitt 37 og avsnitt 49 punkt 8. Ministerkomiteen understreker også behovet for at prosessene for evaluering skjer ved klare, objektive kriterier, se *Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility*, avsnitt 58.

⁵³² CCJE, *Opinion no. 17 (2014) on the evaluation of judges' work, the quality of justice and respect for judicial independence*, avsnitt 38.

⁵³³ Ibid, avsnitt 37 og avsnitt 49 punkt 8.

⁵³⁴ Ibid, avsnitt 6.

⁵³⁵ Ibid, avsnitt 21.

⁵³⁶ Ibid. CCJE anbefaler videre at den konkrete evalueringen primært bør bygge på kvalitative indikatorer, eventuelt supplert med kvantitative indikatorer. Kvantitative indikatorer alene anses imidlertid ikke som tilstrekkelig. Evaluering i form av nummering, prosentvisvisning eller rangering av dommere bør unngås. CCJE er sterkt imot rangering av dommere, foruten i vurdering av forfremmelse og for enkelte andre formål. Det presiseres videre at prinsippene og prosedyrene for evaluering må være tilgjengelig for offentligheten. Selve den individuelle dommerevalueringen må imidlertid skjermes for offentligheten for å sikre uavhengighet for domstolene og den enkelte dommers sikkerhet. Se anbefalingens avsnitt 31–35, 42–43 og 48, samt avsnitt 49 punkt 6 og 7.

15. Litteraturliste

Lover:

Grunnloven: Lov av 17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov.

Domstolloven: Lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene.

Straffeprosessloven: Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

Tjenestemannsloven: Lov av 3. april 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (Opphevet).

Menneskerettsloven: Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Straffeloven: Lov av 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

Tvisteloven: Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

Forarbeider til lover:

Ot.prp. nr. 44 (2000–2001): Ot.prp. nr. 44 (2000–2001) Om lov om endringer i domstolloven m.m. (den sentrale domstoladministrasjon og dommernes arbeidsrettslige stilling).

Innst. 186 S (2013–2014): Innst. 186 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H. Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.

Offentlige utredninger og betenkninger mv.:

NOU 1999: 19: NOU 1999:19 Domstolene i samfunnet.

Dokument 16 (2011–2012): Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Rettsavgjørelser:

HR-2018-699-A

HR-2018-104-A

HR-2016-2591-A

HR-2016-2554-P

Rt. 2016 s. 304

Rt. 2015 s. 1388

Rt. 2015 s. 921

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2014 s. 1292
Rt. 2014 s. 620
Rt. 2013 s. 1345
Rt. 2010 s. 143
Rt. 2008 s. 1764
Rt. 2007 s. 1281
Rt. 2005 s. 833
Rt. 2001 s. 1006
Rt. 2000 s. 1672
Rt. 2000 s. 996
Rt. 1997 s. 615
Rt. 1994 s. 610
Rt. 1990 s. 214
Rt. 1983 s. 1004
LB-2013-171610-2
LH-2000-302
RG-1991-1174

Internasjonale konvensjoner:

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK): Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP): FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966.

FNs barnekonvensjon (Barnekonvensjonen): FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.

Avgjørelser med videre fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD):

DOMMER OG BESLUTNINGER:

Nicholas v. Kypros: Case of Nicholas v. Cyprus, judgement of 9 January 2018, (63246/10).

Haarde v. Island: Case of Haarde v. Iceland, judgement of 23 November 2017, (66847/12).

Baka v. Ungarn: Case of Baka v. Hungary, judgement of 23 June 2016, (20261/12).

Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal: Case of Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal, judgement of 21 June 2016, (55391/13, 57728/13 og 74041/13).

Ivanovski v. Makedonia: Case of Ivanovski v. Former Yugoslav Republic of Macedonia, judgement of 21 January 2016, (29908/11).

Sergey Zubarev v. Russland: Case of Sergey Zubarev v. Russia, judgement of 5 February 2015, (5682/06).

Agrokompleks v. Ukraina: Case of Agrokompleks v. Ukraine, judgement of 25 July 2013, (32465/03).

Maktouf og Damjanovic v. Bosnia og Herzegovina: Case of Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina, judgement of 18 July 2013, (2312/08 og 34179/08).

Oleksandr Volkov v. Ukraina: Case of Oleksandr Volkov v. Ukraine, judgement of 9 January 2013, (21722/11).

Gryaznov v. Russland: Case of Gryaznov v. Russia, judgement of 12 June 2012, (19673/03).

Kinský v. Tsjekkia: Case of Kinský v. Czech Republic, judgement of 9 February 2012, (42856/06).

Henryk Urban og Ryszard Urban v. Polen: Case of Henryk Urban and Ryszard Urban v. Poland, judgement of 30 November 2010, (23614/08).

Parlov-Tkalčić v. Kroatia: Case of Parlov-Tkalčić v. Croatia, judgement of 22 December 2009, (24810/06).

Micallef v. Malta: Case of Micallef v. Malta, judgement of 15 October 2009, (17056/06).

Olujčić v. Kroatia: Case of Olujčić v. Croatia, judgement of 5 February 2009, (22330/05).

Moiseyev v. Russland: Case of Moiseyev v. Russia, judgement of 9 October 2008, (62936/00).

Bochan v. Ukraina: Case of Bochan v. Ukraine, judgement of 3 May 2007, (7577/02).

Kleuver v. Norge: Case of Kleuver v. Norway, decision of 30 April 2007, (45837/99).

Vilho Eskelinen og andre v. Finland: Case of Vilho Eskelinen and others v. Finland, judgement of 19 April 2007 (63235/00).

Sacilor Lormines v. Frankrike: Case of Sacilor Lormines v. France, judgement of 9 November 2006, (65411/01).

Gurov v. Moldova: Case of Gurov v. Moldova, judgement of 11 July 2006, (36455/02).

Clarke v. Storbritannia: Case of Clarke v. the United Kingdom, decision of 25 August 2005, (23695/02).

Posokhov v. Russland: Case of Posokhov v. Russia, judgement of 4 March 2003, (63486/00).

Stafford v. Storbritannia: Case of Stafford v. the United Kingdom, judgement of 28 May 2002, (46295/99).

Sovtransavto Holding v. Ukraina: Case of Sovtransavto Holding v. Ukraine, judgement of 25 July 2002, (48553/99).

Ninn-Hansen v. Danmark: Case of Ninn-Hansen v. Denmark, judgement of 11 July 2000, (28972/95).

Coeme og andre v. Belgia: Case of Coeme and others v. Belgium, judgement of 22 June 2000, (32492/96, 32547/96, 32548/96 og 33210/96).

Lauko v. Slovakia: Case of Lauko v. Slovakia, judgement of 2 September 1998, (4/1998/907/1119).

Findlay v. Storbritannia: Case of Findlay v. the United Kingdom, judgement 25 February 1997, (22107/93).

Stieringer v. Tyskland: Case of Stieringer v. Germany, decision of 25 November 1996, (28899/95).

Beaumartin v. Frankrike: Case of Beaumartin v. France, judgement of 24 November 1994 (15287/89).

Holm v. Sverige: Case of Holm v. Sweden, judgement of 25 November 1993, (14191/88).

Belilos v. Sveits: Case of Belilos v. Switzerland, judgement of 29 April 1988, (10328/83).

De Cubber v. Belgia: Case of De Cubber v. Belgium, judgement of 26 October 1984, (9186/80).

Sramek v. Østerrike: Case of Sramek v. Austria, judgement of 22 October 1984 (8970/79).

Campbell og Fell v. Storbritannia: Case of Campbell and Fell v. the United Kingdom, judgement of 28 June 1984, (7819/77 og 7878/77).

Albert og Le Compte v. Belgia: Case of Albert and Le Compte v. Belgium, judgement of 10 February 1983, (7299/75 og 7496/76).

Deweere v. Belgia: Case of Deweer v. Belgium, judgement of 27 February 1980 (6903/75).

Golder v. Storbritannia: Case of Golder v. the United Kingdom, judgement of 21 February 1975 (4451/70).

SAMMENSTILLINGER AV EMDS PRAKSIS:

EMD, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (criminal limb) (2014).

EMD, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb) (2018).

Uttalelser og avgjørelser fra FN-organer:

FNS BARNEKOMITÉ:

General Comment No. 10 (2003): Children's rights in juvenile justice.

FNS MENNESKERETTIGHETSKOMITÉ:

General Comment No. 32 (2007): Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial.

Communication No. 1015/2001, Perterer v. Østerrike (2004).

Communication No. 1376/2005, Bandaranayake v. Sri Lanka (2008).

FNS SPESIALRAPPORTØR FOR DOMMERE OG ADVOKATERS UAVHENGIGHET:

Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Diego García-Sayán, 9. juni 2017, A/HRC/35/31.

Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Mónica Pinto, 5. april 2016, A/HRC/32/34.

FNS KONTOR FOR NARKOTIKA OG KRIMINALITET:

Conference of the State Parties to the United Nations Convention against Corruption: Resolution 6/6, Follow-up to the Marrakech declaration on the prevention of corruption (2015).

Conference of the State Parties to the United Nations Convention against Corruption: Resolution 5/4, Follow-Up to The Marrakech Declaration On The Prevention Of Corruption (2013).

FNS MENNESKERETTIGHETSKOMMISSJON:

Bangalore Principles of Judicial conduct (2002).

FNS GENERALFORSAMLING:

Basic Principles on the Independence of the Judiciary (1985).

Anbefalinger fra Europarådet:

MINISTERKOMITEEN:

Recommendation No. R(94)12, On the independence, efficiency and role of judges, 13. oktober 1994.

Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility, 17. november 2010.

Recommendation CM/Rec(2010)12, Judges: independence, efficiency and responsibility – Explanatory memorandum, 17. november 2010.

VENEZIAKOMMISSJONEN:

The Composition of Constitutional Courts – Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997).

Report on Judicial Appointments, no. 403 (2007).

Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges, no. 494 (2010).

Compilation of Venice Commission Opinions and Reports Concerning Courts and Judges (2015).

Rule of Law Checklist (2016).

Final opinion on the revised draft constitutional amendments on the Judiciary, Albania, no. 824 (2016), CDL-AD(2016)009-e.

Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court on the Right of Recourse by the State against Judges, Moldova, no. 847 (2016). CDL-AD(2016)015-e.

Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court on the Law on the Transitional Re-evaluation of Judges and Prosecutors (the Vetting Law), Albania, no. 868 (2016). CDL-AD(2016)036-e.

Opinion on the Judicial System Act, Bulgaria, no 855 (2017). CDL-AD(2017)018-e.

Opinion on the draft Amendments to the constitutional provisions on the judiciary, Serbia, no. 921 (2018). CDL-AD(2018)011-e.

Opinion on the draft law on amendments to the law on the Judicial Council and Judges, Montenegro, no. 928 (2018). CDL-AD(2018)015-e.

Veneziakommisjonen og Directorate of Co-operation within the Directorate General of Human Rights and Legal Affairs of the Council of Europe, Joint opinion on the law amending certain legislative acts of Ukraine in relation to the prevention of abuse of the right to appeal, no. 588 (2010). CDL-AD(2010)029-e.

Veneziakommisjonen og Directorate of Human Rights (DHR) of the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe, Joint opinion on the Law on the Judicial System and the Status of Judges and Amendments to the Law on the High Council of Justice of Ukraine, no. 588 (2015). CDL-AD(2015)007-e.

CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE):

Opinion no. 1 (2001) on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges.

Opinion no. 2 (2001) on the funding and management of courts with reference to the efficiency of the judiciary and to article 6 of the European Convention on Human Rights.

Opinion no. 3 (2002) on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality.

Opinion no. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the service of society.

Magna Carta of Judges (Fundamental Principles) (2010).

Opinion no. 17 (2014) on the evaluation of judges' work, the quality of justice and respect for judicial independence.

Opinion no. 18 (2015) on the position of the judiciary and its relation with the other powers of state in a modern democracy.

Opinion no. 19 (2016) The role of court presidents.

The opinions of the CCJE (2015).

ANDRE ANBEFALINGER OG DOKUMENTER FRA EUROPARÅDET:

The European Charter on the statute for judges (1998).

The European Charter on the statute for judges – Explanatory Memorandum (1998).

Plan of Action on Strengthening Judicial Independence and Impartiality (2016).

Anbefalinger fra EU:

Distillation of ENCJ Principles, Recommendations and Guidelines 2004–2017.

Councils for the Judiciary Report 2010–2011.

Independence, Accountability and Quality of the Judiciary – Performance Indicators 2017.

Litteratur:

Aall, Jørgen, «Norske og internasjonale krav til domstolenes uavhengighet», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Oslo: Fagbokforlaget, 2012.

Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne, *Statsforfatningen i Norge*, Oslo: Universitetsforlaget, 11. utg., 2017.

Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne, *Statsforfatningen i Norge*, Oslo: Universitetsforlaget, 10. utg., 2008.

Backer, Inge Lorange, «Til diskusjonen om domstolenes uavhengighet i Norden», utgitt i Nordstedts Juridik 2014 i forbindelse med Svea Hovrätts 400-års jubileum.

Bøhn, Anders, *Domstoloven*, Norsk lovkommentar på Rettsdata.no (revidert 3. februar 2016)

Castberg, Frede, *Norges statsforfatning II*, Oslo, 3. utg., 1964.

Engstad, Nils Asbjørn, «Dommernes uavhengighet i en utkant av Europa», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Oslo: Fagbokforlaget, 2012.

Fougner, Jan, *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*, Aschehoug, 1. utg., 1999.

Ginsburg, Tom og Melton, James, "Does De Jure Judicial Independence Really Matter", *Journal of Law and Courts* 2:187–217, 2014.

Helgesen, Jan E., «Dommeres – og domstolenes – uavhengighet, sett fra Venezia», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Oslo: Fagbokforlaget, 2012.

Heyerdahl, Kristel, «Domstolleders myndighet og dommernes uavhengighet», *Lov og Rett* 07/2017.

Holmøyvik, Eirik, «Nokre historiske utviklingslinjer for domstolene sitt sjølvstende i Noreg», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Oslo: Fagbokforlaget, 2012.

Jakhelln, Henning, *Domstollederstillingene ved domstolenes omorganisering – konstitusjonelle og arbeidsrettslige problemstillinger*, utredning til Justisdepartementets domstolavdeling, 2002.

Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo: Cappelen, 2004.

Joseph, Sarah og Castan, Melissa, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford University Press, 3. utg., 2014.

Kjølbro, Jon Fridrik, *Den europeiske menneskerettighetskonvention – for praktikere*, Jurist- og økonomforbundets forlag, 3. utg., 2010.

Lorenzen m.fl.: Peer Lorenzen, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peder Vedel Kessing, Sten Schaumburg-Müller og Jens Vedsted-Hansen, *Den Europeiske menneskerettighetskonvention Art. 1–9*, Jurist- og økonomforbundets forlag, 3. utg., 2011.

Mykland, Knut, *Noregs grunnlov i 175 år*, Oslo: Gyldendal, 1989.

Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, 1993.

Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford University Press, 2015.

Schei, Tore, «Domstolenes og dommernes uavhengighet og forholdet til de øvrige statsmakter», *Dommernes uavhengighet – Den norske dommerforening 100 år*, red. Nils Asbjørn Engstad, Astrid L. Frøseth og Bård Tønder, Oslo: Fagbokforlaget, 2012.

Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati*, Oslo: Fagbokforlaget, 3. utg., 2015.

Ulfstein, Geir, «Høyesteretts anvendelse av traktatorganenes tolkningspraksis», *Lov og Rett* 07/2016.

Nettsider:

European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ) (u. å.): *2010–2011 Projects on Councils for the Judiciary*, <https://www.ency.eu/articles/124> (sist lastet 21. september 2018)

Norges domstoler (u. å.): *Årsrapport 2017 – styring og kontroll*, <https://www.domstol.no/no/domstoladministrasjonen/publikasjoner/arsrapport/tema-1/> (sist lastet 25. september 2018)

Norges Høyesterett (u. å.): *Forretningsorden for Høyesteretts ankeutvalg*, <https://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/-norges-hoyesterett/om-hoyesterett/forretningsorden/Forretningsorden-for-Hoyesteretts-ankeutvalg/> (sist lastet 25. september 2018)

Tilsynsutvalget for dommere (u. å.): *Etiske prinsipper for dommeratferd*, <https://www.domstol.no/no/tilsynsutvalget-for-dommere/Etiske-retningslinjer/> (sist lastet 24. september 2018)

Norges institusjon for
menneskerettigheter

Postadresse
Postboks 299 Sentrum
0103 Oslo

Besøksadresse
Akersgata 8
0158 Oslo

Tel: 23 31 69 70
Epost: info@nhri.no
www.nhri.no